

Werner Dehms

Wassergrundstück und Fischereirecht

im öffentlichen Fluß
nach preußischem Recht

Potsdam 1912

Wassergrundstück und Fischereirecht

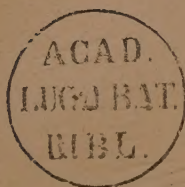
im öffentlichen Fluß nach preußischem Recht

Inaugural-Dissertation

:: zur Erlangung der juristischen Doktorwürde, ::
der juristischen Fakultät der Universität in Breslau

vorgelegt von

Werner Dehms, Potsdam,
Gerichtsassessor.



▽△▽

Als Manuskript gedruckt.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität in Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Korreferent: Professor Dr. Otto Fischer.

Meinen lieben Eltern in dankbarer Verehrung.

Inhaltsübersicht.

Kapitel I. Einleitung.

	Seite
§ 1: Literatur. Inhaltsübersicht	1
§ 2: Römisches, älteres deutsches, gemeines Recht	4
§ 3: Preußisches Recht	8

Kapitel II. Das Fischereiregal des Staates.

§ 4: Die öffentlichen Ströme des A.L.R.	12
§ 5: Das gemeine Eigentum des Staates am öffentlichen Fluß. Res extra commercium und res publicae	18
§ 6: Das gemeine Eigentum des Staates am öffentlichen Fluß. Ge- schichtliches	22
§ 7: Das Privateigentum des Staates am öffentlichen Fluß	28
§ 8: Staatseigentum am öffentlichen Fluß und Fischereiregal	32

Kapitel III. Das private Fischereirecht am öffentlichen Strom. Begriffliche Grundlagen.

§ 9: Die Fischereigerechtigkeit als Privatrecht. Verhältnis zum Regalbegriff und zu den Nutzungsrechten im allgemeinen	41
§ 10: Die Fischereigerechtigkeit als dingliches Recht am Strom- grundstück	44
§ 11: Die Fischereigerechtigkeit als unbewegliche Sache	50
§ 12: Fortsetzung. Einzelheiten	57
§ 13: Die Aufhebung der Gemeindefischerei und der freien Fischerei	62

Kapitel IV. Das private Fischereirecht am öffentlichen Strom. Einzelheiten.

§ 14: Die Begründung der Fischereigerechtigkeit	66
§ 15: Der Inhalt des Fischereirechts	72
§ 16: Uebertragung, Belastung, Zwangsvollstreckung, Verkauf, Ver- pachtung, Vererbung	80
§ 17: Der Schutz des Fischereirechts	87
§ 18: Die Aufhebung der Fischereigerechtigkeit	92
§ 19: Staatliche Eingriffe in das Fischereirecht	98
Nachtrag: Der neue Entwurf eines Fischereigesetzes	103

Die genaue Angabe der angeführten Schriften s. im Literaturverzeichnis am Schluß der Arbeit.

Kapitel I. Einleitung.

§ 1.

Literatur. Inhaltsübersicht:

I. Das preußische Fischereirecht, von dem die vorliegende Arbeit handelt, beruht infolge der Vorbehalte des E.G. zum B.G.B. auch noch heute im wesentlichen auf den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts vom 5. Februar 1794. Dessen Regeln gehen wiederum auf das gemeine Recht zurück, das bis zum Inkrafttreten des A.L.R. auch auf dem Gebiete des Fischereirechts fast im ganzen Königreich Preußen Geltung hatte. Denn die Fischereiordnungen der einzelnen Landesteile enthielten regelmäßig nur polizeiliche Bestimmungen.

1) Für das gemeine Recht vor 1794 liegen mehrere Abhandlungen vor, die sowohl das bürgerliche als auch das polizeiliche Fischereirecht eingehend darstellen. Es seien hier genannt: Pruckmann, *Medices et G. Mor, tractatus tres de venatione, piscatione et aucupio*, ferner v. Khraysser, *ius venandi, piscandi et aucupandi Romano-Bavaricum*, endlich fast alle in dem *ius fluviaticum* des Fritschius enthaltenen Schriften; nicht zugänglich war mir v. Fleming, *der deutsche Fischer*; s. ferner die bei v. Beust a. a. O., Kapitel XIII. S. 1 angeführte ältere Literatur.

Es wird erörtert, wie weit die Fischerei ein staatliches Regal ist, wie das Fischereirecht erworben und verloren wird, welchen Rechtsschutz es genießt, und andere Fragen mehr.

Auch die Darstellungen des gemeinen deutschen Jagdrechtes sowie der Regalienlehre sind für die rechtliche Stellung des Fischereirechtes von Bedeutung, so die im Literaturverzeichnis genannten Bücher von Beust, Bilderbeck, Bocerus, v. Einsiedel und Sixtinus.

Die großen Gesamtdarstellungen des *usus modernus* endlich enthalten ebenfalls sehr eingehende Ausführungen, so die *meditationes* von Leyser Bd. VII S. 659 ff.

2) Im Gegensatz hierzu fehlt eine Darstellung des preußischen Fischereirechts, soweit es nicht polizeilicher Natur ist, bisher fast ganz. Diese Erscheinung findet darin ihren Grund, daß im 19. Jahrhundert das Studium des gemeinen Rechts gegenüber den Landesrechten, die man als Ausflüsse des gemeinen Rechts ansah, durchaus überwog. Dazu kam der Drang zur Rechtseinheit, der dahin führte, daß Rechtsgebiete, die wie das Fischereirecht der Einigung widerstrebten, vernachlässigt wurden.

Wichtiger, weil für die Rechtsprechung bedeutsamer, erschien die Gestaltung des polizeilichen Fischereirechts. Der Fischereischutz, bis 1874 im wesentlichen auf Grund älterer provinzieller Fischereiordnungen geübt, erhielt durch das allgemeine Fischereigesetz von 1874 für ganz Preußen eine einheitliche Grundlage. An dieses Gesetz knüpft eine umfangreiche Literatur an, die aber das bürgerliche Recht naturgemäß nur nebenher behandelt und vollends die allgemeinen begrifflichen Grundlagen fast ganz beiseite läßt, s. die im Literaturverzeichnis genannten Schriften von Harnisch, Döhl, Dörfel und Havenstein.

Auch in den Schriften über das preußische Wasserrecht werden regelmäßig nur kurz die Ergebnisse der Rechtsprechung wiedergegeben. Endlich konnte in den Gesamtdarstellungen des preußischen Rechts von Bornemann, Koch, Förster-Eccius und Dernburg dem Fischereirecht naturgemäß kein breiterer Raum zugestanden werden.

3) Dasselbe gilt schließlich für das Reichsrecht seit 1900. Einzeldarstellungen fehlen ganz, in den Lehrbüchern werden die Bestimmungen des Landrechts nur kurz gestreift.

II. Die vorliegende Arbeit soll das preußische Fischereirecht nicht in seinem ganzen Umfang darstellen, sondern nur die Beziehungen entwickeln, in denen das Fischereirecht zum Wassergrundstück steht. Damit ist in mehrfacher Richtung eine Einschränkung gegeben.

Erstens scheiden die sämtlichen fischerei-polizeilichen Bestimmungen aus. Die Arbeit beschränkt sich auf das bürgerliche Recht.

Zweitens sind durch die Beschränkung auf das Fischereirecht am öffentlichen Fluß die Fischerei im Privatfluß und die sogenannte zahme Fischerei von der Arbeit ausgeschlossen.

Drittens endlich handelt es sich hier nur um die Beziehungen des Fischereirechts zum Wassergrundstück. Nicht in den Rahmen

dieser Arbeit fällt also vor allem die Frage, in welcher Weise das Eigentum an den Fischen erworben wird, ob die Fische vor der Aneignung völlig herrenlos sind, oder ob bereits ein dingliches Aneignungsrecht an ihnen besteht, und ähnliche Fragen mehr. Endlich sind auch die provinzialrechtlichen Regeln über das Fischereirecht von der Darstellung ausgeschlossen worden.

Dagegen soll geprüft werden, ob der Staat Privateigentum am öffentlichen Fluß besitzt, und wenn dies zutrifft, ob das staatliche Fischereirecht als Bestandteil dieses Eigentums anzusehen ist. Zu diesem Zweck wird das Verhältnis der Aneignungs- und Regalrechte zum Grundeigentum eingehend zu untersuchen sein. In Verbindung hiermit steht die Frage, ob das private Fischereirecht als dingliches Recht am Wassergrundstück, insbesondere als Dienstbarkeit, gekennzeichnet werden kann, ob es sich als selbständige Gerechtigkeit darstellt und daher wie ein Grundstück zu behandeln ist. Auf dieser allgemeinen Grundlage sollen sodann Begründung und Aufhebung, Inhalt, Uebertragung, Belastung und Schutz des Fischereirechts, endlich auch die staatlichen Eingriffe in diese Rechte dargestellt werden.

III. In den folgenden Paragraphen des einleitenden Kapitels wird zunächst eine kurze geschichtliche Uebersicht gegeben werden.

Sodann folgt in Kapitel II die Darstellung des staatlichen Fischereirechts. In § 4 wird der Begriff des öffentlichen Stromes dargestellt. Ferner behandelt § 5 die allgemeinen Regeln des A.L.R. über Rechte am Wassergrundstück und an öffentlichen Sachen, weiter die §§ 6 und 7 das Stromeigentum des Staates, endlich § 8 das Verhältnis dieses Eigentums zum Fischereirecht und zum Regalbegriff.

Kapitel III erörtert die begrifflichen Grundlagen des privaten Fischereirechts am öffentlichen Strom, und zwar in § 9 das Verhältnis dieses Rechts zum Regalbegriff, in § 10 die Dinglichkeit des Fischereirechts, in den §§ 11 und 12 seine Behandlung als selbständige Gerechtigkeit. § 13 erläutert die §§ 6 und 7 des Fischereigesetzes, die das Recht der freien Fischerei sowie das Fischereirecht aller Gemeindemitglieder beseitigt haben.

In Kapitel IV werden die Einzelheiten des Fischereirechts dargestellt, seine Begründung, Aufhebung, Uebertragung, Belastung, sein Inhalt und Schutz, endlich die staatlichen Eingriffe in das Fischereirecht.

§ 2.

Römisches, älteres deutsches, gemeines Recht.

I. Das römische Recht schied die fließenden Gewässer in *flumina publica* und *flumina privata*. Die Privatflüsse betrachtete es als Eigentum der Anlieger. Wem die öffentlichen Ströme gehörten, ist noch heute in hohem Maße bestritten. Der Digestentitel I, 8 de rerum divisione bezeichnet die *res publicae*, zu denen auch die öffentlichen Flüsse gehören, als *res populi* oder *res universitatis*, endlich findet sich auch ihre Bezeichnung als *res nullius* — s. I. 1 pr. D. de div. rer. I, 8. Dies hat natürlich zu den mannigfachsten Deutungen Anlaß gegeben.

[vgl. hierzu: Windscheid Bd. I, S. 724; Regelsberger S. 424, 433; E.R.G. in Seufferts Archiv Bd. 30 Nr. 144 (*res nullius*).

andererseits Dernburg, Pand. § 73; Puchta Bd. I, S. 74, 75; Ossig S. 87 (*Staatseigentum*).]

Noch mehr umstritten war die Frage worin das Unterscheidungsmerkmal beider Flußarten bestand. Während nach der einen Meinung alle *flumina perennia* öffentlich und nur die *torrentia* privat waren, wollen andere die Größe des Gewässers oder endlich die *opinio circumcolentium* den Ausschlag geben lassen.

[s. Sintenis Bd. I, S. 415 ff.; Dernburg, Pand. § 73 (*alle perennia öffentlich*).

Ossig S. 87; Windscheid Bd. I, S. 723 Anm. 7; Baron S. 268 ff. (*Größe entscheidet*).]

Sicher ist dagegen, daß die Fischerei im öffentlichen Strome jedermann freistand. Ein besonderes Aneignungsrecht an Fischen mit der Wirkung, daß ein Unberechtigter kein Eigentum am Fisch erwerben konnte, hat das römische Recht nicht entwickelt. Nur durch besonderes Gesetz — ein *Privilegium* — konnte ausnahmsweise ein ausschließliches Recht zum Fischfang begründet werden. Geschützt wurden solche Rechte mit dem Interdikt aus D. 43, 18, s. Ossig S. 108.

II. Auch für das ältere deutsche Recht ist es zweifelhaft, nach welchem Gesichtspunkte es die Gewässer einteilte. Es ist mehrfach die Meinung vertreten worden, daß in Deutschland ebenfalls alle ständig fließenden Gewässer als öffentlich galten, als privat dagegen nur solche, „die sich nach dem Winde bewegen und anders nicht“ — Glosse zum Sachsenspiegel. Die herrschende Meinung

nimmt dagegen wohl mit Recht an, daß als öffentlich nur die schiffbaren Ströme, des Reiches Straßen, galten.

[vgl. für die herrschende Meinung Baron Bd. I S. 281, Funke S. 275, Peterka S. 11, Beseler Bd. 2 S. 901 ff., dagegen Börner S. 363 ff., Heimbach 14 S. 11 ff.]

Wem die schiffbaren Ströme gehörten, ist zweifelhaft.

Dagegen ist sicher, daß ursprünglich ebenso wie im römischen Recht der Gemeingebrauch an ihnen unbeschränkt war, daß insbesondere auch die Fischerei in ihnen jedermann freistand. Die Anschauung, daß dies der natürliche Zustand sei, hat sich noch erhalten, nachdem die tatsächlichen Verhältnisse sich längst geändert hatten. Noch der Sachsenspiegel spricht in Buch II Art. 28 § 2 den Grundsatz der freien Fischerei aus, später G. Mor a. a. O. Teil I Kap. 15, vgl. auch Daser a. a. O. Nr. 36 ff.

III. Schon die fränkischen Könige begannen damit, wie die Forsten so auch die öffentlichen Gewässer zu bannen. Nach der älteren deutschen Rechtsanschauung hatte der König das Recht, über diejenigen Ländereien und Nutzungsrechte, die sich noch nicht im Privateigentum befanden, zu verfügen, s. Geffken S. 188. Der Königsbann bewirkte, daß bei königlicher Bannbuße das gebannte Gut der Nutzung anderer Personen entzogen war.

[s. hierzu die bei Stryck, praefatio zum corpus iuris venatorio-forestalis des Fritsch unter Nr. 36 genannten Verleihungsurkunden Karls des Kahlen für das Kloster des heiligen Dionys, in denen dem Kloster die foresta piscationis et venationis zugeteilt wird, ferner die ebendort unter Nr. 34 angeführte Urkunde Konrads II. für das Bistum Minden von 1029: „In silvis, campis, fluminibus atque paludibus forestatis atque banni nostri districtu circumvallatis ea ratione bannum faciemus, ut nemo ulterius in eisdem absque domini suorumque heredum licentia potestatem habeat venandi, retia aut laqueos ponendi“.

Weitere Urkunden s. bei Ickstadt, Dissertatio iuridica de eo u. s. w., Teil II §§ 38, 39, sowie bei Cotto a. a. O. §§ 38, 40.]

Die gebannten Gewässer nannte man Hege- oder Bannwasser.

Die Könige verliehen den Bann an ihre weltlichen und geistlichen Vasallen. Diese, vielfach durch Geldmangel gezwungen, vergaben die Fischereinutzung weiter an andere Personen. Im 15. Jahrhundert war die Entwicklung soweit vorgeschritten, daß die freie Fischerei zu den Ausnahmen gehörte.

Wer unberechtigt fischte, erwarb an den gefangenen Fischen kein Eigentum.

Die Fischereirechte wurden in der mannigfachsten Weise vergeben, bald durch Belehnung, bald durch endgültige Veräußerung, bald wurde das Recht als vererbliches und veräußerliches Recht einer Person zugeteilt, bald mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden, bald wurde es nur zu des Tisches Notdurft, bald auch mit dem Recht zum Fischhandel verliehen — Beispiele der verschiedenen Arten siehe in großer Zahl bei v. Buchwald a. a. O. Im Rechtsverkehr wurden die privaten Fischereirechte als unbewegliche Sachen behandelt.

Die Banngewalt über die öffentlichen Gewässer und ihre Verleihung an die Vasallen aber hatte zugleich eine andere Wirkung. Schon sehr früh finden sich Urkunden, in denen die Fürsten größerer Gebiete ganze Teile bedeutender öffentlicher Ströme verschenken oder verkaufen.

[vgl. Pommersches Urkundenbuch Bd. 2 S. 101 Nr. 728 (Schenkung der Rega bis ans Meer an die Stadt Greifenberg in Pommern); die Urkunde des Herzogs Konrad zu Oels und Kosel von 1380 in den Diplomatischen Beiträgen zur schlesischen Rechtsgeschichte Teil 1 S. 59 (Verkauf eines Teiles der Oder); ferner Riedel Bd. A VIII S. 116, S. 221 (Verkauf und Verschenkung von Teilen der Havel in den Jahren 1137 und 1320); endlich den Fall in Seufferts Archiv Bd. 62 Nr. 222.]

Zugegeben, daß bei der starken Vermischung privat- und öffentlichrechtlicher Verhältnisse im Mittelalter in solchen Vorgängen noch keine Anerkennung eines fürstlichen Privateigentums am öffentlichen Strom zu liegen braucht, so mußte ihr Vorkommen dennoch die Anerkennung eines solchen Eigentums sehr begünstigen, als das römische Recht und das langobardische Lehnrecht in Deutschland Aufnahme fanden.

IV. Es ist bereits erwähnt worden, daß noch jetzt für das römische Recht vielfach die Meinung vertreten wird, die öffentlichen Ströme ständen im Eigentum des Staates, während andere die Flüsse als *res nullius* ansehen. Beide Meinungen wurden auch von den Juristen der Rezeptionszeit gegeneinander verfochten. Da aber die Juristen jener Zeit die Neigung hatten, die landesherrliche Gewalt soweit wie möglich zu unterstützen, kann es nicht wundernehmen, daß unter den Schriftstellern des gemeinen Rechts bei

weitem die Ansicht überwog, die öffentlichen Flüsse seien Privateigentum des Fürsten.

Eine wesentliche Stütze fand diese Meinung in der Konstitution Friedrichs I. über die Regalien von 1158, die, ursprünglich nur für die Lombardei erlassen, mit den *libri feudorum* in Deutschland aufgenommen wurde. Sie zählt unter den Regalien die „*flumina navigabilia et ex quibus navigabilia fiunt*“ auf.

Auch gegenwärtig noch herrscht lebhafter Streit darüber, ob nach gemeinem Recht die öffentlichen Flüsse *res nullius* oder Privateigentum des Staates sind. Gegen das Staatseigentum haben sich u. a. Windscheid Bd. I S. 723 und das Reichsgericht Bd. 53 S. 98 ff., dafür hat sich Dernburg, Pand. § 73, entschieden.

Näheres über die Entwicklung dieser Frage wird in § 6 der Arbeit gesagt werden.

In anderer Richtung trat das römische Recht in scharfen Gegensatz zu dem einheimischen, indem es alle *flumina perennia* für öffentlich erklärte, während nach deutscher Rechtsanschauung die nicht schiffbaren Gewässer entweder zur Almende der Markgenossenschaften gehörten oder den Anliegern zufielen. Ob hier die römische oder die deutsche Rechtsanschauung gemeines Recht geworden ist, ist strittig. Nach Windscheid Bd. I S. 723 Anm. 9 sind als öffentlich auch nach heutigem Recht alle *flumina perennia* anzusehen, dagegen lassen Dernburg, Pand. § 73, und das Oberverwaltungsgericht (Preuß. Verwaltungsblatt, 30. Jahrg. S. 73) die Schiffbarkeit entscheiden, eine dritte Meinung will endlich in jedem einzelnen Falle prüfen, wie weit der staatliche Einfluß reicht, s. Göbel S. 43, Hesse S. 298, Endemann S. 7.

Gewiß aber ist, daß die Eigentumsverhältnisse der kleineren Gewässer sich auch in der Rezeptionszeit im wesentlichen nicht änderten, daß also die nicht schiffbaren Flüsse privat blieben.

[vgl. Georgius Mor, de iure venandi, aucupandi et piscandi, Teil 1 Kap. 5 Nr. 15: „Est . . . notandum, quod hodie in Germania fere omnia stagna, lacus atque pleraque flumina non navigabilia non sint publica vel communia, sed privata atque plerumque ad dominum vel magistratum loci spectantia“.]

Unter den Regalien zählt die Konstitution von 1158 auch die *reditus piscationum* auf. Bei der Rezeption entwickelte sich zunächst ein lebhafter Streit darüber, ob hiernach die Fischerei selbst Regal sein sollte, oder ob nur Abgaben von ihr zu entrichten seien. Schließlich siegte die Anschauung, daß die Fischerei selbst Regal

sei. Ihre Anhänger beriefen sich vornehmlich auf die „consuetudo totius fere Germaniae“.

[s. hierzu: v. Einsiedel, de regalibus Kap. III Nr. 336 ff.; Bocerus a. a. O. Kap. III Nr. 142; Medices a. a. O. Teil I quaest. 27 (gegen das Fischereiregal);

dagegen für die Regalität der Fischerei: v. Cancrin 12. Abhdl. § 28, ferner die bei Kyllinger a. a. O. in Thesis VI genannten Schriften; vgl. auch v. Beust a. a. O. Kap. XIII § 2.]

Ueber das Verhältnis des Fischereiregals zum Stromeigentum des Staates ist an anderer Stelle genauer zu handeln.

Wie alle niederen Regalien, konnte auch das Fischereiregal nach gemeinem Recht als vererbliches und veräußerliches Recht an Privatpersonen verliehen oder von ihnen durch Ersitzung erworben werden. Es konnte sowohl bestimmten Personen zukommen, als auch mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sein. Die privaten Fischereirechte hatten auch nach gemeinem Recht die Eigenschaft unbeweglicher Sachen. Geschützt wurden sie mit der actio confessoria und iniuriarum, sowie mit dem interdictum uti possidetis und dem Interdikt aus D. 43, 12.

§ 3.

Preußisches Recht.

I. In den Landesteilen, aus denen sich zur Zeit des Inkrafttretens des A.L.R. der preußische Staat zusammensetzte, hatte sich ein besonderes Recht für die öffentlichen Gewässer, das dem gemeinen Recht hätte vorgehen können, nur an wenigen Stellen gebildet.

Die wesentlichste Abweichung vom gemeinen Recht fand sich in Ost- und Westpreußen. Das revidierte Preußische Landrecht von 1721 ordnete im 2. Teil 3. Buch, Titel I Artikel III § 2 an: „Das Meer, sowohl auch alle andere offene Wasserströme seynd von Rechtswegen männiglichen frey und gemein“. Eine weitere Bestimmung hob hervor, daß insbesondere die Fischerei jedermann zustehe, soweit nicht durch „verliehene oder gegebene Privilegien ein anderes eingeführt“ sei. In diesen Provinzen bestand also kein Strom- oder Fischereiregal.

Auch anderweit hatte sich, wenn auch nur in örtlicher Begrenzung, eine freie Fischerei erhalten, teilweise allerdings auf den Fang mit der Hand oder zu des Tisches Notdurft beschränkt. Die ältere deutsche Rechtsanschauung wirkte hier noch nach.

[vgl. hierzu: § 7 des Provinzialrechts für das Herzogtum Magdeburg, welches den Fang von Fischen und Krebsen mit der Hand sowie die Angelfischerei jedermann freistellt, dazu Johow K. G. Bd. 5 S. 320.]

Endlich finden sich provinzielle Sonderbestimmungen über Einzelfragen, so über das Fischereirecht im Fall einer Ueberschwemmung, für das Fischen in Mühlgräben und für die Zulässigkeit ständiger Fangvorrichtungen in fließenden Gewässern.

[vgl. hierzu: die Fischordnungen für die Mark Brandenburg von 1551 und 1690, C. C. M. IV II. Abt. S. 183 u. 191, ferner IV II S. 247.]

Im übrigen galt das gemeine Recht, so insbesondere für die Frage, welche Wasserläufe öffentlich und welche privat waren. Der Sache nach standen freilich in Preußen wie im übrigen Deutschland die kleineren fließenden Gewässer regelmäßig im Privateigentum, so daß der Satz von der Oeffentlichkeit aller flumina perennia, auch soweit man ihn anerkannte, keine wirkliche Bedeutung hatte. Nach schlesischem Provinzialrecht waren die Grundherren kraft des sogenannten Auenrechtes Eigentümer aller kleineren Gewässer.

Die Fischerei war Regal. Für Erwerb und Verlust der privaten Fischereirechte galten die Sätze des gemeinen Rechts über Regalien, ebenso für den Schutz dieser Rechte. Der Umfang verliehener Fischereien bestimmte sich nach dem Inhalte des Privilegiums, die Auslegung der Privilegien war durch mehrere Sonderbestimmungen des gemeinen Rechts näher geregelt.

Die Fischereigerechtigkeit galt als unbewegliche Sache. Seit die staatliche Grundbuchgesetzgebung in Preußen eingesetzt hatte, also seit 1693/1722, wurde das Grundbuch auch diesen Rechten zugänglich, wie dies in § 11 näher darzustellen ist.

II. Das A.L.R. hat an diesem Rechtszustand nur wenig geändert. Eine Klärung brachten seine Bestimmungen insofern, als es nur die schiffbaren Flüsse für öffentlich erklärte und damit dem widerspruchsvollen Zustand des gemeinen Rechts ein Ende machte. Die öffentlichen Flüsse sind nach A.L.R. II 14 § 21 ein gemeinsames Eigentum des Staates. Ob hierunter ein wirkliches Privateigentum zu verstehen ist, wird eingehend zu erörtern sein.

Das Fischereirecht ist als „Nutzung“ des gemeinen Staatseigentums Regal.

Die Begründung und Aufhebung privater Fischereirechte untersteht den Rechtssätzen, die das A.L.R. in II 14 §§ 26 ff. für

Regalrechte im allgemeinen gegeben hat, und die im wesentlichen den gemeinrechtlichen Bestimmungen entsprechen. Ob diese Rechte als dinglich angesehen werden können, oder ob sie besonders gestaltete Aneignungsrechte sind, ist bestritten. Soweit sie auf Privilegien beruhen, richtet sich ihr Inhalt nach dem Privileg und den besonderen Sätzen, die das A.L.R. im Anschluß an das gemeine Recht für die Auslegung der Privilegien aufgestellt hat. Der Inhalt ersessener Fischereirechte richtet sich nach dem Umfang der Ersetzung. Ueber den Schutz der Regalien fehlen besondere Rechtsätze.

Auch das A.L.R. behandelte gewisse Fischereirechte als unbewegliche Sachen. Ihre Aufnahme ins Grundbuch regelt sich nach der Hypothekenordnung von 1783. Ferner gibt das A.L.R. bei der Lehre vom Eigentumserwerb in I 9 §§ 176 ff. und in den §§ 72 ff. II 15 Einzelbestimmungen über die Abgrenzung der Fischerei vom Jagdrecht, über den Inhalt des Fischereirechts und über seinen polizeilichen Schutz.

Bereits hier muß hervorgehoben werden, daß sowohl die Bestimmungen des A.L.R. als auch die der Hypothekenordnung außerordentlich lückenhaft sind, so daß zu ihrer Ergänzung vielfach auf das frühere Recht zurückgegangen werden muß.

Nach Z. III des Publikationspatents zum A.L.R. vom 5. Februar 1794 gelten endlich die Regeln des A.L.R. nur insoweit, als „die in den verschiedenen Provinzen bisher bestandenen besonderen Provinzialgesetze und Statuten“ nichts Abweichendes bestimmen. Nach Z. IV desselben Patents sollten auch diese Provinzialrechte in Zukunft kodifiziert werden. Dies ist aber nur für die Provinzen Ost- und Westpreußen geschehen, in denen denn auch die freie Fischerei aufrecht erhalten wurde. Im übrigen behielt es bei den alten Statuten sein Bewenden. Außer den Provinzialrechten ließ das A.L.R. auch die bestehenden polizeilichen Bestimmungen über die Ausübung der Fischerei bestehen, §§ 184 ff. A.L.R. I 9, so die oben genannte Märkische Fischereiordnung von 1690.

III. Die preußische Gesetzgebung der Folgezeit bis 1900 hat an den privatrechtlichen Verhältnissen der öffentlichen Ströme, insbesondere auch auf dem Gebiete des Fischereirechts, nur wenig geändert. Die meisten nach 1794 erlassenen Gesetze betreffen die Privatflüsse, so das Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse

vom 28. Februar 1843 sowie das Ergänzungsgesetz zur Gemeinheitsteilungsordnung vom 2. März 1850. Auch soweit sie sich auf die öffentlichen Ströme erstrecken, wie das Gesetz über die Befugnisse der Strombauverwaltung vom 20. August 1883, enthalten sie über die grundlegenden Fragen des Eigentums am öffentlichen Flusse und das Wesen der Regalrechte an ihm keine Bestimmung.

[Eine Uebersicht über die preußische Wassergesetzgebung seit 1794 s. in der Denkschrift zum Wassergesetzentwurf vom Dezember 1911 S. 1 ff.]

Mittelbar wurde das Fischereirecht durch die preußische Grundbuchgesetzgebung des Jahres 1872 berührt.

Endlich hat auch das preußische Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 mit Nachtragsgesetz vom 30. März 1880 das bürgerliche Fischereirecht nicht wesentlich geändert. § 53 des Gesetzes hebt allerdings alle ihm widersprechenden Vorschriften der bisherigen Gesetze auf. Das Gesetz regelt aber in der Hauptsache nur das Fischereipolizeirecht, dies allerdings in dem Umfang, daß außer ihm polizeiliche Bestimmungen nur insoweit zulässig sind, als § 22 des Gesetzes es gestattet.

[s. Havenstein S. 28, Drucksachen des Abgeordnetenhauses 1872/73 Nr. 343 S. 1, 1873/74 S. 20 u. 21.]

Nur die §§ 6—8 des Gesetzes haben große Bedeutung auch für das bürgerliche Fischereirecht. Durch diese Vorschriften ist die freie Fischerei, z. B. in den beiden Provinzen Preußen, beseitigt worden, ebenso sind die Fischereirechte aufgehoben worden, die sämtlichen Einwohnern einer Gemeinde zustanden, s. § 13 der Dissertation.

IV. Bei der Beratung des B.G.B. wurde vielfach der Wunsch laut, das Wasserrecht von Reichs wegen zu regeln. Indessen drangen diese Vorschläge nicht durch, vielmehr hält Artikel 65 E.G. z. B.G.B. die wasserrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze aufrecht. Ebenso sind durch die Art. 69 und 73 das Recht der Jagd und der Fischerei sowie die Regelung des Regalwesens den Landesgesetzen vorbehalten worden. Dies geschah, weil Jagd- und Fischereirecht sich den örtlichen Verhältnissen anpassen müssen, ferner weil polizeiliche Bestimmungen auf diesem Gebiet einen sehr breiten Raum einnehmen.

[vgl. Metz a. a. O.]

Die drei allgemeinen Vorbehalte der Art. 65, 69, 73 haben zur Folge, daß das preußische Fischereirecht fast in seinem ganzen Um-

fang aufrecht erhalten geblieben ist, umsomehr als auch die Vorschriften des A.L.R. über die Auslegung der Privilegien, weil zum öffentlichen Recht gehörig, vom B.G.B. nicht berührt worden sind. Außer jenen drei Artikeln kommen für das Fischereirecht noch einzelne spezielle Vorbehalte des E.G. z. B.G.B. in Betracht, so die Art. 109, 113, 115.

Soweit endlich die Vorbehalte für die Anwendung des B.G.B. an sich Raum lassen, schreiben doch die Art. 184 ff. E.G.s für diejenigen Rechte, die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. an einem Grundstück bestehen, vielfach die weitere Anwendung des alten Rechtes vor.

Das preußische A.G. z. B.G.B. vom 20. September 1899 enthält im Anschluß an die Vorbehalte des E.G. z. B.G.B. mehrere Bestimmungen, die für das Fischereirecht von Bedeutung sind, so besonders in Art. 40.

V. In Preußen sind auch nach 1900 eine große Reihe wasserrechtlicher Gesetze ergangen, so verschiedene Hochwassergesetze für die einzelnen Provinzen. Eine grundsätzliche Bestimmung über die privatrechtlichen Verhältnisse der öffentlichen Gewässer ist in ihnen nicht enthalten.

[vgl. über diese Gesetze die Begründung zum Wassergesetzesentwurf von 1911.]

Am 2. September 1911 erging ein Gesetz über den Erwerb von Fischereirechten durch den Staat und das Aufgebot von Fischereiberechtigungen, G.S. S. 189.

Gegenwärtig liegt endlich dem Landtag der Entwurf zu einem umfassenden Wassergesetz vor (Berlin, Dezember 1911), dessen Bestimmungen in der vorliegenden Arbeit mehrfach herangezogen werden sollen. Ferner ist in der Thronrede von 1912 ein neues Fischereigesetz in Aussicht gestellt worden.

Kapitel II. Das Fischereiregal des Staates.

§ 4.

Die öffentlichen Ströme des A.L.R.

I. Bereits in der Einleitung ist hervorgehoben worden, daß die herrschende römische Lehre, nach der alle flumina perennia öffentlich waren, den tatsächlichen Verhältnissen in Deutschland zur Rezeptionszeit durchaus widersprach. Diese Lehre mußte sich ferner mit der Bestimmung in II feud. 56 auseinandersetzen, nach

der nur die flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia zu den Regalien gehörten.

Ein Teil der damaligen Schriften geht über diese Frage einfach hinweg, indem die römische Begriffsbestimmung mit der lehnrechtlichen verschmolzen wird: „Flumina publica sunt, quae sunt perennia atque perpetuo currunt atque sunt navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia. Privata sunt, quae interdum aquis deficiunt, ita ut non sint apta ad publicum usum, scilicet navigationem“, so Mor, Pars I Kap. 5 Nr. 4. Diese Bestimmung findet sich mit unwesentlichen Abweichungen in zahlreichen Schriften, vgl. Medices, Pars I Nr. 8; Stypmann Nr. 24; Schneidewin, commentarius in institutiones S. 152.

Viele Schriftsteller indes empfanden den Gegensatz und entschieden ihn teilweise im Sinne des heimischen Rechts, teils suchten sie nach einem Ausgleich. Brunnenmann, commentarius in Pand. zu D. 43, 12 betont, nach römischem Recht sei allerdings das Begriffsmerkmal des öffentlichen Flusses die Stetigkeit des Wasserlaufs, „nostris autem moribus“ komme es darauf an, ob der Fluß an einem öffentlichen Ort entspringe, auf seine Wassermenge, Schiffbarkeit, auf den Gemeingebrauch an ihm und die Meinung der Anlieger. Dieselben Gesichtspunkte führt Wesenbeck an, ohne allerdings den Gegensatz des römischen und des deutschen Rechts hervorzukehren, s. consilium IV in Pars II des ius fluviaticum von Fritsch. Aimo de alluvionibus Kap. XVI Nr. 16 ff. erklärt gleichfalls den Gemeingebrauch für ein wesentliches Kennzeichen der öffentlichen Flüsse.

Einen anderen Weg wählt Manzius in seinem Institutionenkommentar S. 222: Er führt das Eigentum an den kleinen, ständig fließenden Gewässern auf fürstliche Verleihung, Ersitzung oder endlich darauf zurück, daß sie in loco privato entsprängen. Endlich sucht Struvius den Widerspruch dadurch zu beheben, daß er die flumina publica, soweit sie nicht schiffbar sind, dem Volk, die schiffbaren dagegen dem Fürsten als Kammergüter zuschreibt — s. iurisprudentia Romano-Germanica, lib. II tit. I Nr. IV ff.

Alle diese Versuche zeigen, daß die tatsächlichen Verhältnisse in Deutschland sich unter dem Einflusse der römischen Bestimmungen nicht änderten, daß sie im Gegenteil dazu drängten, sich selbst durchzusetzen. Am deutlichsten tritt dies in dem tractatus de iure venandi von Beust S. 301 zutage: „Und wird von einigen dafür gehalten, daß, weil heut zu Tage in Teutschland

fast alle unschiffbaren Flüsse entweder dem Magistrat des anliegenden Ortes oder den Privatis in Nutzen gedeihen, selbige nicht mehr pro publicis zu halten seien, sondern es würden endlich die schiffbaren Flüsse dahin gehören“.

[vgl. auch Oettinger Nr. 24 ff.; G. Mor, die in § 2 S. 7 der Dissertation angeführte Stelle.]

II. Das A.L.R. hat die Streitfrage im Sinne der deutschen Entwicklung entschieden.

Nach § 21 II 14 sind die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen ein gemeines Eigentum des Staates. Der Ausdruck „öffentliche Flüsse“ wird allerdings hier nicht angewendet, wo er aber vorkommt, bezieht er sich unzweifelhaft auf die in § 21 II 14 genannten Gewässer. Dies ergibt insbesondere der Vergleich zwischen § 29 II 14 und § 73 II 15 A.L.R. Nach § 24 a. a. O. werden „die Nutzungsrechte vorstehender Arten des Staatseigentums“ — also auch der schiffbaren Flüsse — niedere Regalien genannt. Nach § 73 II 15 gehört der Fischfang in den öffentlichen Strömen zu den Regalien. Hier werden also die Worte schiffbare und öffentliche Flüsse als gleichbedeutend gebraucht. Ebenso verwenden die §§ 38 ff., 229, 230 II 15 beide Ausdrücke mehrfach durcheinander.

Sind demnach unzweifelhaft nach preußischem Recht nur die schiffbaren Ströme öffentlich, so ist andererseits der Begriff des „schiffbaren Flusses“ in mehrfacher Richtung strittig geworden:

1. Fraglich kann vor allem sein, ob die schiffbaren Ströme in ihrem ganzen Umfange öffentlich sind, oder nur, soweit ihre Schiffbarkeit reicht. Das Obertribunal hat zunächst den Standpunkt vertreten, daß auch die Quellflüsse öffentlich seien, s. Str. A. Bd. I S. 121. Diese Entscheidung erfuhr jedoch lebhaften Widerspruch, insbesondere wendete sich gegen sie ein Erlaß der Minister für Handel und Gewerbe und für die Angelegenheiten der Landwirtschaft vom Jahre 1860. In der Entscheidung Bd. 58 S. 1 ff. hat das Obertribunal alsdann jene Ansicht aufgegeben und sich dahin ausgesprochen, daß ein Fluß nur soweit öffentlich sei, als er tatsächlich dem Schiffsverkehr dienen könne.

Diese Ansicht halte ich für richtig. Das Obertribunal beruft sich in seiner ersten Entscheidung auf die l. 56 II feud., nach der die flumina navigabilia et ex quibus navigabilia fiunt öffentlich sind. Aber ebensogut könnte man daraus, daß das A.L.R. nur

die flumina navigabilia erwähnt, nicht aber die flumina ex quibus navigabilia fiunt, folgern, daß die Quellflüsse nicht öffentlich sein sollen. Hier muß eine andere Erwägung den Ausschlag geben: Die Bestimmung des allgemeinen Landrechts sollte gegenüber den unsicheren Verhältnissen des gemeinen Rechts Klarheit schaffen. Erklärte man aber die Quellflüsse für öffentlich, so entstand die schwierige Frage, welche Wasserläufe als Quellen anzusehen waren. An Stelle der erstrebten Klarheit wäre also die bisherige Rechtsunsicherheit geblieben. Griff man aber zu dem Auswege, alle Gewässer, die als Quellen in Betracht kamen, für öffentlich zu erklären, so wäre damit die große Mehrzahl aller Bäche und Quellen öffentlich geworden. Dies hätte aufs schärfste den bestehenden rechtlichen Verhältnissen widersprochen, da fast die sämtlichen kleineren Gewässer im Privateigentum standen.

Demnach muß die tatsächliche Schiffbarkeit des Flusses entscheiden. Hiermit ist ein Merkmal gegeben, das sich aus den örtlichen Verhältnissen jederzeit mit einiger Sicherheit entnehmen läßt.

Wenn dem entgegengehalten worden ist, daß der Staat auch an den kleineren Zuflüssen der öffentlichen Ströme ein Interesse habe, so trifft dies zwar zu, doch muß andererseits betont werden, daß die Benutzung dieser Gewässer durch die Anlieger, z. B. zu Bewässerungsanlagen, im Interesse der Landeskultur liegt, und daß es daher nicht praktisch wäre, den Anliegern diese Nutzung zu entziehen.

2. Da nach den eben angeführten Gesichtspunkten über die Öffentlichkeit eines Flusses lediglich seine tatsächliche Schiffbarkeit entscheidet, kann auch ein im übrigen schiffbarer Fluß an solchen Stellen nicht für öffentlich angesehen werden, an denen er in seinem Lauf die Schiffbarkeit wieder verliert.

[s. Obertribunal Bd. 80 S. 136; Str.A. Bd. 99 S. 151; Reibbein-Reinke Anm. 25 zu § 99 I 8.]

3. Wenn § 21 II 14 A.L.R. die schiffbaren Flüsse für öffentlich erklärt, so hat dies seinen Grund darin, daß sie als „des Reiches Straßen“ dem Verkehr dienen. Ein Fluß kann demnach nicht schon als öffentlich gelten, wenn er lediglich mit kleineren Fahrzeugen befahren werden kann, vielmehr muß er einen wirklichen Schiffsverkehr mit größeren Schiffsgefäßen ermöglichen. Auch darf die schiffbare Strecke nicht so kurz sein, daß sie keine Ziele miteinander verbindet, die für den Verkehr von Bedeutung sind, s. E.R.G. Bd. 53 S. 129; Kamptz-Delius Bd. 2 S. 559; Gruchot Bd. 6 S. 619.

4. In der Rechtsprechung sind mehrfach auch die Haffe auf Grund des § 21 II 14 A.L.R. für gemeines Staatseigentum erklärt worden.

[s. Gruchot Bd. 48 S. 399; Obertribunal 25 S. 100.]

Dem kann ich mich nicht anschließen. Fluß und Haff sind schon physikalisch gänzlich verschieden gestaltet, was die Art ihrer Bewegung und den Salzgehalt angeht. Auch die Fischerei in den Haffen wird in anderer Weise betrieben, das Fischereigesetz § 3 rechnet sie zur Küsten-, nicht zur Binnenfischerei. Vor allem aber sind die öffentlichen Flüsse deshalb für Staatseigentum erklärt worden, weil erstens der Staat sie durch zweckmässige Maßnahmen dem Verkehr in höherem Grade dienstbar machen kann, und weil zweitens Privatleuten keine weitgehenden Einwirkungen auf einen schiffbaren Strom zugestanden werden dürfen. Solche Eingriffe Privater sind beim Haff fast unmöglich, aber auch der Staat kann nur in verhältnismäßig sehr geringem Umfange die Verkehrsverhältnisse in ihm, etwa durch Baggerungen, beeinflussen. § 21 II 14 kann deshalb das Staatseigentum an den Haffen nicht rechtfertigen.

Man hat dem Staat dieses Eigentum ferner deshalb zugeschrieben, weil er nach § 80 II 15 Eigentümer der umgebenden Ufer sei. Diese Vorschrift bezieht sich aber offenbar nur auf das feste Ufer, nicht auf den mit ihm zusammenhängenden Meeresgrund.

Eine andere Frage ist es, ob etwa gewohnheitsrechtlich dem Staat in einem Haff die Fischerei als Regal zusteht.

[Die pommerschen Herzöge haben vielfach Fischereirechte im Stettiner Haff verliehen; vgl. Pommersches Urkundenbuch Bd. II Nr. 1176, 1178.]

5. Öffentliche Seen erwähnt das A.L.R. an keiner Stelle. Das Reichsgericht zieht hieraus mit Recht den Schluß, daß Seen, die nicht im Zuge öffentlicher Ströme liegen, nicht zum gemeinen Staatseigentum gehören, selbst dann nicht, wenn ein ausgedehnter Schiffsverkehr auf ihnen möglich ist und auch wirklich betrieben wird.

[s. E.R.G. bei Kamptz-Delius Bd. 2 S. 595; Frank-Nieberding S. 58; anders Koch zu § 28 II 15 Anm. 2; O.V.G. Bd. 12 S. 243, s. auch die eingehenden Erörterungen in der Preuß. Anwaltsztg. Jahrg. 1862 S. 289 ff.]

III. Die Frage, ob ein Gewässer öffentlich ist oder nicht, entscheiden die ordentlichen Gerichte auf Grund freier Beweiswürdigung. Nur wenn es sich um die Schiffbarkeit im Sinne des Gesetzes vom 20. August 1883 über die Befugnisse der Strombauverwaltung handelt, entscheidet der Oberpräsident mit Ausschluß des Rechtsweges, § 1 des Gesetzes.

[Havenstein S. 5 und Dernburg Pr. Pr. § 252 Anm. 2 wollen auch in anderen Fällen den Gerichten die Entscheidung über diese Frage entziehen; s. dagegen J.W. 1901 S. 861; E.R.G. Bd. 49 S. 319.]

IV. Der neue Wassergesetzentwurf hebt in § 363 alle bisherigen wasserrechtlichen Gesetze auf, insbesondere in Z. 10 den § 21 II 14 A.L.R., soweit er die von Natur schiffbaren Ströme betrifft.

Er teilt die Gewässer in „Wasserläufe“ und andere Gewässer ein. Wasserläufe sind solche Gewässer, die in natürlichen oder künstlichen Betten beständig oder zeitweilig oberirdisch fließen, einschließlich ihrer oberirdischen Quellen und der Seen, aus denen sie abfließen, sowie ihrer etwa unterirdisch verlaufenden Strecken. Gräben sind nur insoweit Wasserläufe, als sie der Vorflut mehrerer Eigentümer dienen — § 1 Abs. 2.

Die Wasserläufe sind in drei Ordnungen eingeteilt. Die Wasserläufe erster Ordnung sind in einer Anlage zum Gesetz namentlich aufgezählt; es sind, wie die Begründung S. 51 ff. darlegt, im wesentlichen dieselben Ströme und Stromteile, die nach bisherigem Recht als schiffbar galten. Die Wasserläufe zweiter Ordnung werden in ein Verzeichnis aufgenommen, welches der Oberpräsident jeder Provinz aufstellt. Es soll die „Strecken natürlicher oder künstlicher Wasserläufe“ enthalten, „die für die Wasserwirtschaft von größerer Bedeutung sind“. Gegen die Aufnahme in das Verzeichnis steht den Beteiligten ein Einspruch zu, über den der Provinzialrat und in zweiter Instanz der Landwirtschaftsminister entscheidet. Alle übrigen Wasserläufe gehören zur dritten Ordnung. Die Rechtsverhältnisse sämtlicher „Wasserläufe“ regelt der erste Abschnitt des Entwurfs (§§ 1—174).

Von den Gewässern, die nicht zu den Wasserläufen gehören, handelt der zweite Abschnitt des Entwurfes in den §§ 175—183.

§ 5.

Das gemeine Eigentum des Staates am öffentlichen Fluß.**Res extra commercium und res publicae.**

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob das gemeine Eigentum, welches § 21 II 14 A.L.R. dem Staat an den schiffbaren Strömen zuschreibt, wirkliches Privateigentum ist. Dabei muß zuerst geprüft werden, ob der Eigentumsbegriff auf öffentliche Flüsse überhaupt angewendet werden kann, oder ob diese infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit und des Gemeingebruchs an ihnen sich dem Eigentum entziehen.

I. Das römische Recht bezeichnete als *res extra commercium* eine Reihe von Dingen, an denen ein Privatrecht, insbesondere Eigentum, nicht sollte bestehen können. Es rechnete dazu außer der Luft und dem Meer vor allem die *aqua profluens*, das „lebendige Wasser“, s. Oettinger a. a. O. Nr. 16.

Diese drei Dinge wurden auch *res communes* genannt, Sachen, deren Gebrauch von Natur allen gemein ist. Aber diese Benennung gibt kaum den Grund an, warum sie dem Eigentum unzugänglich sein sollten. Vielmehr können auch Sachen, an denen ein sehr umfassender Gemeingebruch besteht, Eigentum des Staates, ja sogar eines Privatmannes sein. Aber an jenen *res communes* ist ihrer Natur nach eine dauernde tatsächliche Herrschaft unmöglich. Nur wenn das Wasser geschöpft oder aufgesogen wird, oder wenn ihm sonst eben die Eigenschaft als fließendes Wasser entzogen wird, ist dauernde Herrschaft an ihm denkbar. Solange es lebendiges Wasser bleibt, entzieht es sich einer dauernden Gewalt. Das Wasser der öffentlichen Flüsse wird der Herrschaft des Staates letzten Endes in dem Augenblick ledig, in dem es das offene Meer erreicht. Ein Eigentumsrecht an einer Sache aber, die sich dauernder tatsächlicher Beherrschung entzieht, wäre ein inhaltloser Begriff.

Aus diesem Grunde hat wohl auch das römische Recht die *aqua profluens* zu den *res extra commercium* gezählt.

Ebensowenig wie an der einzelnen Wasserwelle ist Eigentum an der Wassersäule denkbar, die sich über dem Flußgrundstück befindet, da diese sich lediglich aus den einzelnen Wasserteilen zusammensetzt.

[vgl. zu allem diesen: Staudinger, in den Bl. für Rechtsanwendung Bd. 11 S. 396; Windscheid § 146; Förster-Eccius

Bd. 3 S. 168; Brückner S. 3; Heimbach Bd. 9 S. 465; Börner S. 174; Johow, Vorschläge S. 103/104. Gegen die hier vertretene Auffassung s. Müller, Flußwasser steht im Eigentum, Erlanger D. Diss. 1899 S. 7/9; Endemann S. 54 und Krische S. 468, die Eigentum an der Wassersäule annehmen.]

Nicht zu den *res extra commercium* rechnete das römische Recht das Flußbett, den *alveus*. In der Tat ist dieser dauernder tatsächlicher Herrschaft sehr wohl zugänglich und wird auch wirklich, z. B. bei Stromregulierungen, mannigfachen Einwirkungen unterzogen. Er stellt sich als ein wasserüberströmter Teil der Erdoberfläche dar, als Grundstück. Daß dieses Wassergrundstück nicht in derselben Weise genutzt werden kann, wie ein Landgrundstück, steht einem Eigentum an ihm nicht entgegen, gestattet es doch dafür mannigfache andere Nutzungen. Daß Eigentum am Flußbett begrifflich unmöglich sei, ist denn auch von den römischen Juristen nie behauptet worden. Im Gegenteil wird, wie bereits dargestellt ist, mehrfach angenommen, daß sie dem Staat am öffentlichen Fluß als an einer „*res publica*“ Privateigentum zuschrieben.

[vgl. hierzu Johow, Vorschläge S. 106; anders Börner S. 170/171, der jedes Eigentum am fließenden Wasser wie am Wassergrundstück für unmöglich hält.]

Hiermit gelangt man zu der Frage, wie weit der öffentliche Charakter des Flusses, der Gemeingebrauch an ihm, für die Möglichkeit und die Art des Eigentums von Bedeutung ist. Die Römer rechneten die öffentlichen Flüsse zu den *res publicae*. Hierunter verstanden sie solche Sachen, die dem Staatszweck dienten. Sie teilten sie ein in Sachen, die für den öffentlichen Dienst bestimmt waren, und in *res publicae in publico usu*, die dem Gemeingebrauch offen standen. Ob die *res publicae* nach römischem Recht *res nullius* oder Staatseigentum waren, ist bestritten und an dieser Stelle nicht zu entscheiden. Daß der Gemeingebrauch an einer Sache begrifflich dem Eigentum entgegenstehe, ist von den römischen Juristen nicht behauptet worden. Eine solche Behauptung würde auch in keiner Weise zutreffen. Wenn ein Privatmann sein Grundstück der öffentlichen Benutzung widmet, verzichtet er damit keineswegs auf sein Eigentum daran, er kann die Nutzungen ziehen, die der Gemeingebrauch übrig läßt, und muß unter Umständen die Lasten des Eigentums tragen. Der Gemeingebrauch vernichtet das Eigentum nicht, sondern schränkt es ein.

Es ist begrifflich durchaus möglich, daß die öffentlichen Ströme dem Staat oder auch den Anliegern als Privateigentum gehören, und diese lediglich den Gemeingebrauch zu dulden haben.

Ob die Betten der öffentlichen Flüsse im Privateigentum des Staates stehen, oder ob sie *res nullius* sind, ergibt sich nach alledem nicht aus dem Begriff des Eigentums, sondern ist Sache positiver gesetzlicher Regelung.

Möglich ist auch eine Rechtsgestaltung, die dem Staat das Eigentum zuschreibt, dieses Eigentum aber in allen Beziehungen dem öffentlichen Recht unterwirft, wie es z. B. in Frankreich für die öffentlichen Ströme geschehen ist.

[vgl. Windscheid § 146; Kappeler a. a. O.; Wappäus a. a. O.]

II. Wie das römische, so hat auch das gemeine Recht zur Zeit der Einführung des A.L.R. die *aqua profluens* als *res extra commercium* behandelt. Zeitweise vermischte man allerdings die *res extra commercium* mit den *res publicae* und schrieb sie mit diesen zusammen dem Fürsten als Eigentum zu, indem man zur Begründung des fürstlichen Eigentums an der Luft die Bauordnungen, zur Begründung des Eigentums am Wasser die wasserpolizeilichen Vorschriften heranzog. Jedoch wurde diese Vermischung frühzeitig energisch bekämpft, sie ist nie herrschende Ansicht geworden.

[vgl. hierzu: Leyser. med. Bd. I S. 256; Heineccius lib. II Tit. I § 11;

dagegen: Bachoven, *Notae ad Disputationes Treutleri*, Cöln 1738, Bd. 2 S. 21.]

Daß im übrigen ein Flußeigentum als Eigentum am Wassergrundstück begrifflich möglich ist, haben die Juristen des gemeinen Rechts zur Zeit des Inkrafttretens des A.L.R. nicht bestritten. Im Gegenteil rechnete die große Mehrzahl jener Schriftsteller, wie in § 6 der Dissertation näher gezeigt werden wird, die öffentlichen Flüsse mit den übrigen *res publicae* zum Eigentum des Fürsten. Der Gemeingebrauch, der daneben bestehen blieb, hinderte also auch nach ihrer Ansicht die Annahme eines Privateigentums nicht.

III. Der Sachbegriff des A.L.R., dem älteren deutschen Recht entnommen, ist insofern weiter als der des römischen Rechts, als das A.L.R. auch unkörperliche Sachen kennt. Nach § 1 I 2 ist „Sache überhaupt alles, was Gegenstand eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit sein kann“, nach § 2 gehören dazu auch Handlungen der Menschen und Rechte. Sache im engeren Sinn ist sodann „alles dasjenige, was entweder von Natur oder durch die

Uebereinkunft der Menschen eine Selbständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann“ — § 3. Unter § 1 fallen im Gegensatz zu § 3 auch Sachgesamtheiten, z. B. Erbschaften.

Dementsprechend faßt das A.L.R. auch seinen Eigentumsbegriff weiter als das römische Recht. § 1 I 8 bestimmt: „Eigentümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechtes, mit Ausschließung anderer, aus eigener Macht durch sich selbst zu verfügen“. Gegenstand des Eigentums ist gemäß § 2 I 8 alles, was einen ausschließlichen Nutzen gewähren kann.

Die §§ 3—5 I 8 bestimmen dann, welche Sachen nicht im Eigentum stehen können: Erstens solche, von deren Benutzung, ihrer Natur nach, niemand ausgeschlossen werden kann. Hiermit sind die *res communes* gemeint, deren Gebrauch von Natur allen gemein ist. Mit dieser Bestimmung ist also auch die *aqua profluens* vom Privateigentum ausgeschlossen. Nach § 4 sind ferner solche Sachen dem Privateigentum unzugänglich, die durch Gesetze des Staates vom gemeinen Verkehr ausgenommen sind. Daß eine Sache, die an sich Gegenstand des Eigentums sein kann, vom gemeinen Privatverkehr ausgenommen sei, wird nicht vermutet, § 5. Für das Flußbett hat das A.L.R. eine Sonderbestimmung, nach der es eigentumsunfähig wäre, nicht gegeben, ebensowenig für Sachen, die im Gemeingebrauche stehen, wie es denn überhaupt einen allgemeinen Begriff der öffentlichen Sachen nicht aufgestellt hat.

Diese Vorschriften ergeben, daß nach dem A.L.R. Eigentum zwar nicht am fließenden Wasser, wohl aber am Wassergrundstück, und zwar auch eines öffentlichen Flusses, möglich ist. In der Tat erwähnt sowohl das A.L.R. als auch das spätere preußische Recht an vielen Stellen ein Eigentum an fließenden Gewässern, und zwar bei Privatflüssen, s. §§ 39—43 II 15 und §§ 8/9 des Gesetzes vom 28. 2. 1843, nicht minder als bei öffentlichen, §§ 21 ff. II 14. Insbesondere bestimmt § 41 II 15, daß, wenn ein Privatfluß schiffbar gemacht wird, die bisherigen Eigentumsrechte hiervon nicht berührt werden. Damit ist ausdrücklich die Möglichkeit anerkannt, daß Privatleute Eigentum an einem schiffbaren Fluß haben. Daß dieses Eigentum als Eigentum am Wassergrundstück aufzufassen ist, zeigt besonders deutlich § 191 I 9: „Wer bloß die Fischereigerechtigkeit hat, darf sich deswegen in

dem Strome der Gewässer anderer Rechte des Grundeigentümers nicht anmaßen.“ Ferner werden in dem Gesetz über das Grundsteuerwesen vom 21. Mai 1861 und den Ausführungsvorschriften dazu unter dem allgemeinen Ausdruck Liegenschaften mehrfach auch die sogenannten Wasserstücke mitbegriffen.

IV. Das B.G.B. hat keine Bestimmungen darüber getroffen, welche Sachen dem Privateigentum entzogen sind. Die *res communes* sind aus dem Grunde mit Recht nicht erwähnt, weil Bestimmungen über sie gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen als undurchführbar oder überflüssig erscheinen — s. Motive Bd. 3 S. 26 —, die *res publicae* deshalb nicht, weil es sich hier teils um Fragen des öffentlichen Rechts, teils um Rechtsgebiete handelt, die dem Landesrecht vorbehalten sind.

§ 90 der R.G.B.O. ordnet an, daß öffentliche Gewässer durch Verordnung des Landesherrn von der Eintragung ins Grundbuch befreit werden können. Art. 1 der preußischen Königlichen Verordnung über das Grundbuchwesen vom 13. November 1899 hat hiervon Gebrauch gemacht. Diese Bestimmungen bestätigen für das Reichsrecht und nochmals für das preußische Recht, daß öffentliche Gewässer an sich ebenso wie Landgrundstücke zu behandeln sind.

V. Nach alledem ergibt sich: Wenn § 21 II 14 dem Staat das gemeine Eigentum an den öffentlichen Flüssen zuschreibt, so kann nach den allgemeinen Vorschriften des geltenden Rechtes dieses Eigentum sich sehr wohl als Privateigentum am Stromgrundstück darstellen. Es ist nunmehr zunächst weiter zu untersuchen, wie weit die geschichtliche Entwicklung in den zwei letzten Jahrhunderten vor dem A.L.R. die Annahme eines solchen Privateigentums rechtfertigen kann.

§ 6.

Das gemeine Eigentum des Staates am öffentlichen Fluß.

Geschichtliches.

1. In den einleitenden Paragraphen ist bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, daß die Sätze des *corpus iuris* über das Eigentum an den *res publicae* und insbesondere an den *flumina publica* die mannigfachsten Deutungen zulassen. Auch die Juristen des gemeinen Rechts haben von der Rezeptionszeit an bis zur Zeit des A.L.R. und bis heute keine Einigung darüber erzielt, ob die öffentlichen Flüsse als *res nullius* oder als Staatseigentum

anzusehen sind. Immerhin überwog im 17. und 18. Jahrhundert, wie in § 2 schon betont wurde, die Ansicht derer, die die öffentlichen Flüsse dem Staat oder vielmehr dem Fürsten zuteilten. Denn nach der Anschauung jener Zeit stand alles Staatseigentum „in dominio Principis, quia in rebus publicis nostris iura populi ad unum translata sunt“ — Leyser, meditationes Bd. I S. 256.

1) Nicht bei allen Schriftstellern kommt klar zum Ausdruck, daß sie dem Fürsten wirkliches Privateigentum zuschrieben. Sehr häufig findet sich der farblose Ausdruck: „Flumina publica inter regalia referuntur“ — s. Lauterbach a. a. O. zu Dig. 43, 12.

2) In vielen Darstellungen aber kommt scharf der Gedanke zum Ausdruck, daß dem Fürsten nicht nur eine iurisdictio, sondern ein wirkliches Privateigentum zukomme. Es wird darauf hingewiesen, daß die Bezeichnung der Ströme als Regalien keinen Sinn habe, wenn man hierunter nur Hoheitsrechte verstehe, die dem Fürsten auch ohne eine solche Vorschrift zuständen. Man beruft sich weiter darauf, nach römischem Recht seien die öffentlichen Flüsse Eigentum des Volkes gewesen, das Volk aber habe in Deutschland dieses Eigentum auf den Fürsten übertragen.

[so Manzius S. 216: „Et hoc putat Peregrinus facilius concedendum, quia proprietas et iurisdictio fluminum Principis dominantis est“; Oettinger Nr. 25: Die öffentlichen Flüsse sind „eigentlich“ von den Fürsten „ersessen“; Medices lib. 2, Nr. 8: „Proprietas fluminis est principis“; Stryck S. 136: „Tam quoad proprietatem quam iurisdictionem principis esse plerique asserunt“; Stypmann a. a. O. S. 7: „Nimis delicati sunt Manc. Rav. L. 4 d. i. Princip. c. 10, Gothofredus . . . , qui tantum respectu iurisdictionis regalibus adscribunt, proprietatem vero populo“; ähnlich v. Einsiedel, Diss. iuridica de fluminibus, Thesis 16; v. Ickstadt, Diss. de eo, quod, Teil 2 § 7; Cotto a. a. O. § 11.]

Die Schriftsteller, welche in dieser Weise dem Fürsten ausdrücklich Eigentum zuschreiben, bilden unter den Juristen des 18. Jahrhunderts die große Mehrheit.

3) Eine besondere Ausprägung erhielt dieses Privateigentum in den staatsrechtlichen Schriften. Hier wurden die res publicae unter dem Gesichtspunkte der staatlichen Finanzwirtschaft betrachtet. Besonders interessant ist die Darstellung von Pfeffinger, vitriarius a. a. O., Bd. III tit. 18, der über das dominium der Fürsten handelt: „Dominium hoc vel est in bona publica vel

eminens in bona subditorum; dominium, quod habet in bona publica, vel est in bona domanialia, vel in bona propria seu patrimonialia, vel in bona publica simpliciter ita dicta“. Das Eigentum an den res publicae ergreift also erstens die Domänen — damals meist Kammergüter genannt —, ferner die Privat- oder Schatullgüter des Fürsten, endlich die bona publica simpliciter ita dicta. Zu diesen zählen alle die Sachen, die das A.L.R. als gemeines Staatseigentum behandelt. Während die Schatullgüter dem Fürsten wie einem Privatmann zustehen, gehören ihm sowohl die Domänen wie auch die bona publica simpliciter ita dicta nur „iure feudali“ in seiner fürstlichen Eigenschaft. Das Fischereiregal rechtfertigt Pfeffinger mit den Sätzen: „Nascuntur pisces in flumine; ergo eius etiam erunt, cuius est flumen.“

Wenn hier vor allem die begriffliche Zusammenfassung der bona publica simpliciter ita dicta unter den Begriff eines einheitlichen dominium principis auffällt, so findet sich bei Estor, Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, schon geradezu der Begriff des „allgemeinen Staatsvermögens“: Bd. I § 1054: „In dem allgemeinen Vermögen des Staates befinden sich unterschiedliche Sachen, die zum Privateigentum nicht schicklich sind“, nämlich erstens das Meer, die großen Flüsse und die Landstraßen, weil sie allen Untertanen zum Gebrauch dienen, zweitens Wälder, die wilden Tiere und das Recht der wilden Fischerei, drittens endlich die unterirdischen Güter. Die aus diesem allgemeinen Staatseigentum entspringenden Rechte werden Regalien genannt.

Die Gleichstellung der öffentlichen Flüsse mit den Domänen, die bereits bei Pfeffinger hervortrat, findet sich endlich mit voller Deutlichkeit auch in der bereits in § 4 erwähnten Bemerkung von Struvius, der die flumina publica dem Staat, die schiffbaren Flüsse aber als „Kammergüter“ dem Fürsten zuteilt.

Daß Struvius hierbei an wirkliches Privateigentum dachte, kann nicht wohl zweifelhaft sein. Eher unterliegt diese Annahme Bedenken bei Estor und Pfeffinger, welche die Ausdrücke dominium und allgemeines Staatsvermögen anwenden. Erwägt man aber, daß die herrschende privatrechtliche Lehre jener Zeit den Fürsten als Privateigentümer der öffentlichen Flüsse ansah, daß Pfeffinger dieses dominium ausdrücklich von dem dominium eminens über die bona subditorum unterscheidet, und denkt man endlich an die Gleichstellung mit den Domänen, so wird man zu dem Schluß

gezwungen, daß auch diese Schriftsteller, soweit es sich um die öffentlichen Ströme handelt, wirkliches Privateigentum im Auge hatten.

4) Im Gegensatz zu den unter 2) und 3) genannten Juristen verteidigte endlich eine Minderheit den Standpunkt, daß die öffentlichen Flüsse *res nullius* seien. Es seien hier genannt:

[Treutler Bd. 2 Disp. 20 S. 171: „*Proprietas fluminis publici nullius est*“. „*Sunt quasi in populi alicuius dictione*“; Wesenbeck in Fritschius, *ius fluv.* P. II, consilium IV: Die öffentlichen Flüsse sind *res nullius*, sie stehen dem Fürsten nur „*quoad protectionem*“ zu; Projekt des *corpus iuris Fridericiani* von Cocceji, 1749, P. 2, Buch I Tit. 2 Art. 4 §§ 38, 39, 43; Frantzkus a. a. O. S. 77 zu I, 8 D. de *rer. div.* unter II.; v. Cancrin a. a. O. 1. Abhdl. § 99; endlich am schärfsten ein Gutachten der Universität Helmstedt bei Leyser, Bd. 7 S. 659: „ . . . Denn obgleich demselben“ (dem *princeps*) „ . . . die schiffbaren Flüsse unter dem Namen der Regalien attribuiert seynd, so erstreckt sich doch dieses *ius regali*um nur dahin, daß er den Gebrauch derselben zum gemeinen Besten regulieren . . . und dafür die Zölle und alle anderen landesfürstlichen Einkünfte genießen kann. Dagegen würde es auf eine offenbare Tyranney hinauslaufen, wenn er diese . . . schiffbare Flüsse ihm allein . . . privative zueignen und alle anderen vom freien Gebrauche ohne erhebliche Ursache ausschließen wollte.“]

5) Die Juristen des gemeinen Rechts, welche dem Staat das Privateigentum zuschrieben, hatten sich mit der Bestimmung des römischen Rechts auseinanderzusetzen, nach der das verlassene Flußbett den Anliegern gehörte. Manche von ihnen folgerten denn auch aus dem Privateigentum des Fürsten, daß jene Bestimmung in Deutschland nicht gelte. Leyser dagegen fand den Ausgleich zwischen den beiden Rechtssätzen, Bd. VII S. 662: „*Alveus non simpliciter Principis est, sed qua fluminis aqua per eum decurrit. Mutata ergo hac qualitate, etiam rei natura mutatur. Nec princeps hic quicquam perdit. Adquirat enim novum alveum, quem sibi flumen facit.*“

Derselbe Gedankengang findet sich bei Aimo, de *alluvionibus*, S. 53, 54.

II. Zum Verständnis der §§ 21 ff. II 14 A.L.R. muß hier außer auf das Wasserrecht des gemeinen Rechts auch auf die Entwicklung des Regalbegriffs kurz eingegangen werden.

Bis zum Anfang des 17. Jahrhunderts bezeichnete man als Regalien schlechthin alle königlichen oder staatlichen nutzbaren Rechte, gleichgültig, ob der Staat ihrer zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendig bedurfte, wie der Gerichtsbarkeit oder des Besteuerungsrechtes, oder ob er sie lediglich im Laufe seiner geschichtlichen Entwicklung erworben hatte, wie z. B. das Fähr-, Fischerei- oder Jagdregal. Im Anfang des 16. Jahrhunderts löste man aus diesem allgemeinen Regalbegriff die Rechte, die der Staatszweck als notwendig erforderte, unter dem Namen der *regalia maiora* heraus, und stellte ihnen die übrigen Rechte als *regalia minora* oder *accidentalia* gegenüber. Die *regalia maiora* bezeichnete man später als Majestäts- oder Hoheitsrechte, so daß sich der Ausdruck Regalien allmählich auf die niederen Regalien beschränkte. Welche Rechtsnatur die niederen Regalien haben, war und ist äußerst bestritten. Während die einen sie als Bestandteil der Souveränität auffaßten, betrachteten sie andere als reine Privatrechte, endlich wurden sie auch für Rechte gemischten Charakters erklärt.

[s. hierzu Strauch a. a. O.]

Stellt sich heraus, daß nach preußischem Recht die öffentlichen Ströme Privateigentum des Staates sind, und daß das Fischereiregal Ausfluß dieses Privateigentums ist, so wäre damit die Frage nach der Rechtsnatur des preußischen Fischereiregals dahin entschieden, daß es ein reines Privatrecht ist.

III. Aus den hier geschilderten Entwicklungsgängen heraus ist nun auch der Werdegang der landrechtlichen Bestimmungen über das gemeine Staatseigentum zu verstehen, wie ihn Duesberg, Rausnitz und Trautmann in den im Literaturverzeichnis aufgeführten Abhandlungen geschildert haben:

Der erste Entwurf des Gesetzes, den Svarez dem Großkanzler v. Carmer vorlegte, verwertete den Begriff des Staatseigentums noch nicht. In der dritten Abteilung des ersten Teiles handelte er unter Titel I von den Majestätsrechten, den ehemaligen *regalia maiora*, in Titel II von den nutzbaren Rechten des Staates. Unter den nutzbaren Rechten des Staates waren einerseits das Besteuerungsrecht, andererseits das „Staatsvermögen“ zusammengefaßt, und dieses wiederum teilte der Entwurf in Domänen und „Regalien im engeren Sinne“ ein — der allgemeine Regalbegriff des älteren Rechts wirkte hier nach. Unter den Regalien waren in erster Linie die öffentlichen Wege und die schiffbaren Ströme mit ihren Nutzungen genannt.

Der Großkanzler bemängelte, daß der Entwurf das Besteuerungsrecht nicht unter die Majestätsrechte setzte. Er faßte daher in seinem eigenen Entwurf beide Titel zusammen und benannte diesen „von den Rechten und Pflichten des Staats gegen seine Bürger und Einwohner und von den Staatseinkünften“. Die Staatseinkünfte setzten sich auch in seinem Entwurf aus dem Besteuerungsrecht und dem „Staatseigentum“ zusammen. Dieses zerfiel seinerseits ebenso wie das Staatsvermögen des Svarezschen Entwurfs in Domänen und Regalien. Hier taucht der Begriff des allgemeinen dominium über die bona publica, wie er sich bei Pfeffinger fand, bereits auf, jedoch mit dem Unterschied, daß die Regalrechte nicht als Ausfluß des Eigentums erscheinen, wie bei Pfeffinger und Estor, sondern daß sie selbständige Teile des Staatseigentums sind.

Diese Auffassung brachte nunmehr Svarez in den Entwurf hinein. Er hielt an der Teilung der beiden Titel fest, behandelte jedoch nach dem Wunsche des Großkanzlers das Besteuerungsrecht in Titel I, dem jetzigen II, 13 A.L.R., unter den Majestätsrechten. Der zweite Titel, jetzt II, 14 A.L.R., handelte von den Staatseinkünften und den fiskalischen Rechten. Der Titel erwähnte noch einmal das Besteuerungsrecht und stellte diesem dann das Staatseigentum gegenüber. Zu diesem zählten erstens die Domänen als „besonderes Staatseigentum“, zweitens aber die in §§ 21—23 II 14 aufgezählten Sachen und Rechte als gemeines Staatseigentum. Die Regalien werden wie bei Estor als Nutzungsrechte aus dem gemeinen Staatseigentum abgeleitet, während sie in den bisherigen Entwürfen selbständige Rechte gewesen waren.

Noch aber fehlte eine Bestimmung darüber, welchen Grundsätzen das gemeine Staatseigentum unterliegen sollte. Diese Bestimmung, den § 25 II 14, hat Svarez, wie Trautmann berichtet, erst nachträglich durch einen Vermerk am Rande eingeschoben: „Dies gemeine Staatseigentum selbst ist den Domänen völlig gleich zu achten.“ Auch dieser Satz, den Koch für unverständlich erklärt, ist, wie sich aus den früheren Ausführungen ergibt, von Svarez nicht ohne jede historische Begründung frei eingefügt worden. Vielmehr ist die Gleichstellung der öffentlichen Flüsse mit den Domänen sowohl bei Pfeffinger wie bei Struvius nachgewiesen worden.

§ 7.

Das Privateigentum des Staates am öffentlichen Fluß.

I. Es ist nunmehr im einzelnen zu prüfen, ob dem Staat auf Grund des § 21 II 14 A.L.R. Privateigentum am öffentlichen Fluß zugeschrieben werden kann.

Diese Frage ist außerordentlich verschieden beantwortet worden. Die öffentlichen Ströme sind nach preußischem Recht für *res nullius*, für Privateigentum und für öffentliches Eigentum des Staates erklärt worden, endlich hat man auch das Eigentum am Flußbett den Anliegern zuschreiben wollen.

Die beiden letzten Möglichkeiten sollen hier zunächst besprochen werden:

1) Das Wesen des öffentlichen Eigentums, wie es sich in Frankreich entwickelt hat, besteht darin, daß alle Rechtsbeziehungen, die sich aus ihm entwickeln, dem öffentlichen Recht angehören.

[vgl. Mayer Bd. 2 S. 60 ff., besonders S. 153; Bezzola S. 50; Löning S. 379; Geffcken S. 199.]

Nach § 76 II 15 A.L.R. kommen dem Staat bei dem Gebrauche, der Benutzung und Verwaltung der Domänen und Regalien nur eben die Rechte zu, wie einem jeden Privateigentümer. Danach kann das gemeine Staatseigentum, als dessen Nutzungen sich die Regalien kennzeichnen, kein öffentliches Eigentum sein. Auch die geschichtliche Entwicklung, wie sie in § 6 geschildert worden ist, bietet nicht den mindesten Anhalt für eine solche Annahme.

2) Daß das Flußbett den Anliegern gehöre, hatte das Obertribunal in der Entscheidung Str. A. Bd. 81 S. 73 damit begründet, daß sich die Anlieger nach den §§ 242 ff., 271 ff. I 9 A.L.R. die im Flusse entstehenden Inseln und das verlassene Flußbett zueignen könnten, ebenso auch Anspülungen und neu sich bildende Erdzungen. Die Entscheidung beruft sich weiter auf einen Satz von Svarez aus den Vorarbeiten zum A.L.R., nach dem die Vorschriften der §§ 225 ff. I 9 ihre Erklärung darin fänden, daß das Flußbett und die Inseln als *continuatio* des Ufers anzusehen seien. Mit Recht hat demgegenüber das Reichsgericht in Bd. 3 S. 232 darauf hingewiesen, daß das Flußbett nicht den Anliegern gehören könne, wenn das Gewässer als solches gemeines Staatseigentum sei, da das Eigentum am Flußbett und am Gewässer einheitlich gestaltet sein müsse.

Auch der Wortlaut der §§ 225 ff. bietet für die Meinung des Obertribunals keinen Anhalt: Wenn das verlassene Flußbett den Anliegern zufällt, so folgt hieraus nicht, daß es ihnen bereits vorher gehörte. Daß eine bloße Aeüßerung von Svarez in den Vorarbeiten zum A.L.R. nicht den Ausschlag geben kann, ist klar. Aber auch diese Aeüßerung beweist nicht einmal, daß Svarez das wasserbedeckte Flußbett des öffentlichen Stromes als Eigentum der Anlieger betrachtet hätte.

II. Es kommt mithin nur in Betracht, ob die öffentlichen Ströme res nullius oder Privateigentum des Staates sind. Für das Privateigentum sprechen folgende Gründe:

1) Die stark überwiegende Meinung der Juristen jener Zeit erklärte die öffentlichen Ströme für Privateigentum des Fürsten, wie in § 6 gezeigt wurde. Daß das Stromregal dem Fürsten bloße Hoheitsrechte verschaffe, wurde von den meisten geleugnet. Wenn daher der erste Entwurf des Landrechts die öffentlichen Ströme für Regalien erklärte, so wird man kaum fehlgehen, wenn man dies im Sinne jener herrschenden Meinung auslegt. Auch die Schriftsteller, welche dem Staat ein allgemeines dominium an den in § 21 II 14 aufgezählten Sachen zuschrieben und dies den Domänen gleichstellten, haben wohl zweifellos ein wirkliches Privateigentum im Auge gehabt. An jene Schriften aber knüpfen die Bestimmungen des A.L.R. unmittelbar an.

2) Weiter kommt in Betracht, daß die Ausdrucksweise des A.L.R. in II 14 §§ 21 ff. den Vorschriften, die in I 8 über das Privateigentum gegeben werden, offenbar angepaßt ist. Nach § 9 daselbst gehört zum vollen Eigentum das Recht, eine Sache zu besitzen, zu gebrauchen und sich derselben zu begeben. Nach § 11 heißt Nutzungsrecht das Recht, eine Sache zu seinem Vorteile zu gebrauchen. Wie das Nutzungsrecht in § 11 I 8, wird auch das Nutzungsrecht in § 24 II 14 sich als Ausfluß eines privatrechtlichen Eigentums darstellen.

3) Ferner entspricht es dieser Auffassung, wie Rausnitz mit Recht hervorgehoben hat, daß das A.L.R. in §§ 44 ff. II 15 diejenigen Benutzungsarten der öffentlichen Ströme, die jedermann freistehen, im einzelnen aufgezählt hat. Eine solche Regelung war erforderlich, wenn man dem Staat Privateigentum am öffentlichen Strom zuschrieb, da sich sonst die Grenzen zwischen dem grundsätzlich unbeschränkten Eigentumsrecht und dem Gemeingebrauch nur schwer hätten ziehen lassen.

4) Am schwersten aber fällt die Gleichstellung des gemeinen Staatseigentums mit den Domänen in § 25 II 14 ins Gewicht. Wenn Koch zu § 25 II 14 diese Vorschrift für unverständlich erklärt, und Trautmann die Meinung ausspricht, Svarez sei sich ihrer Tragweite nicht bewußt gewesen, so ist dies wohl durch die Schilderung der geschichtlichen Entwicklung in § 6 widerlegt. Daß die Domänen Privateigentum des Staates sind, ist unbestritten. Dies muß gemäß § 25 II 14 auch von den öffentlichen Strömen gelten.

5) So spricht denn auch § 24 II 14 folgerichtig aus, nicht, daß die Nutzungsrechte des gemeinen Staatseigentums dem Staat z u s t e h e n, sondern nur, daß sie niedere Regalien g e n a n n t werden. Nach § 76 II 14 hat der Staat bei der Nutzung der Regalien nur dieselben Rechte wie jeder P r i v a t e i g e n t ü m e r. Endlich darf sich gemäß § 191 I 9 der Besitzer einer Fischereigerechtigkeit nicht „der anderen Rechte des G r u n d e i g e n t ü m e r s anmaßen.“

III. Gegenüber den unter II angeführten Gründen erweisen sich die Einwände, die man erhoben hat, nicht als stichhaltig.

1) Daß nach den Bestimmungen des A.L.R. Wassergrundstücke im Privateigentum stehen können, und daß auch der Gemeingebrauch am öffentlichen Fluß ein solches Eigentum nicht ausschließt, ist bereits in § 5 ausgeführt worden.

2) Zweifellos muß mit Rücksicht auf die hohe Bedeutung der öffentlichen Ströme dem Staat eine erhöhte Einwirkung auf sie zugestanden werden. Es läßt sich nicht einsehen, warum dies nicht ebenso gut wie durch eine Verstärkung seiner polizeilichen Rechte auch dadurch sollte geschehen können, daß man ihm das Privateigentum an diesen Gewässern zuschreibt. Die Befürchtung, daß ihm damit eine zu weitgehende Machtvollkommenheit zugestanden werde, ist grundlos, wenn zugleich das Recht des Gemeingebrauchs gesetzlich festgelegt wird. Selbst eine Veräußerung von Flußstücken, wie sie auf Grund der Verweisung des § 25 II 14 möglich erscheint, ist gefahrlos, da Rechte des Gemeingebrauchs hierdurch nicht beeinträchtigt werden können. Dies ganz abgesehen davon, daß dem Staat zugleich ausdrücklich in § 79 II 15 die Pflicht auferlegt worden ist, sein Eigentum am öffentlichen Fluß nur zum gemeinen Besten zu gebrauchen: „Gegen die dem Staat zukommende Nutzung der öffentlichen Ströme ist derselbe verpflichtet, für die zur Sicherheit und Bequemlichkeit der Schifffahrt nötigen Anstalten zu sorgen.“

[s. hierzu auch die Begründung des Wassergesetzentwurfs von 1911, S. 12.]

3) Wenn ferner zur Zeit der Entstehung des A.L.R. das Staatseigentum an den öffentlichen Strömen vielfach damit gerechtfertigt wurde, daß sie „zum Privateigentum nicht schicklich“ seien, so bedeutete dies lediglich, daß es nicht wünschenswert sei, wenn Privatleute das Eigentum an öffentlichen Strömen hätten, nicht aber, daß ein Privateigentum des Staates an ihnen ausgeschlossen sein sollte.

4) Die §§ 22, 23 II 14 A.L.R. dehnen das gemeine Staatseigentum auch auf eine Reihe von Rechten aus, auf das Recht, hohe Geldstrafen aufzuerlegen, u. a. m. Dies erklärt sich daraus, daß das A.L.R. auch ein Eigentum an Rechten kannte. Soweit es aber als Gegenstand des Eigentums körperliche Sachen erwähnt, ist kein Grund vorhanden, hierunter nicht wirkliches Sacheigentum zu verstehen. Ferner könnte der Ausdruck „gemeines Staatseigentum“ zu der Ansicht führen, daß es sich um ein Eigentum aller, um *res populi*, handle, so Baron I S. 284. Dies trifft nicht zu. Denn nach §§ 22, 23 II 14 zählen zum gemeinen Staatseigentum auch solche Rechte, welche dem Staat ausschließlich zustehen sollen. Der Ausdruck ist also im Gegensatz zum besonderen Staatseigentum dahin zu verstehen, daß es sich um Eigentum handelt, welches dem Staat nicht kraft besonderer einzelner Rechtsgründe, sondern von Gesetzes wegen zusteht.

5) Zuzugeben ist, daß das A.L.R. in seiner Ausdrucksweise die Lehre vom Staatseigentum nicht überall scharf durchgeführt hat. So mußte z. B. in §§ 1, 76 II 14 und § 39 II 16 folgerichtig vom gemeinen Staatseigentum und nicht von Regalien die Rede sein. Aber keine dieser Stellen steht mit §§ 21 ff. II 14 geradezu im Widerspruch, und ihre Fassung erklärt sich daraus, daß die Regeln über das Staatseigentum erst später eingeschoben wurden, und man dabei jenen Paragraphen ihren ursprünglichen Wortlaut ließ. In § 80 II 15 werden die Häfen und Meeresufer richtig als Eigentum des Staates bezeichnet.

6) Endlich hat man gegen das Privateigentum des Staates am öffentlichen Fluß geltend gemacht, daß sich nach §§ 225 ff. I 9 A.L.R. die Anlieger Landzungen und Inseln, die sich im Flusse bilden, sowie das verlassene Flußbett aneignen können. Aber die gemeinrechtlichen Juristen haben, wie in § 6 dargestellt wurde, bereits die Lösung dieses Widerspruches gefunden. Wenn § 21

II 14 dem Staat das Eigentum am öffentlichen Fluß zuschreibt, so trifft diese Vorschrift lediglich das Gewässer, d. h. das Wassergrundstück, solange es überflutet ist, und es bleibt Raum für Vorschriften, welche das Eigentum am freigewordenen Grund und Boden anderen Personen zuschreiben. Dies ist umsomehr anzunehmen, als das A.L.R. auch an anderen Stellen das Eigentum am überfluteten und am freigewordenen Wassergrundstücke deutlich scheidet, so in § 263 I 9: „Das Bette abgelassener Landseen verbleibt den Eigentümern des Sees nach Verhältnis des jedem von ihnen an dem See selbst zugestandenen Eigentumsrechtes.“

IV. Nach alledem ist der Staat als Privateigentümer der öffentlichen Ströme anzusehen.

[s. ebenso: Dernburg, B. R. Bd. 3 S. 460; Enneccerus-Wolff, § 100, S. 302; Rausnitz a. a. O.; anders: Frank-Nieberding S. 38, 67, 68; Obertribunal Bd. 45 S. 351, 42 S. 54; Frank S. 77; Born S. 9; E.R.G. Bd. 4 S. 258, Bd. 71 S. 65; Biermann, Die öffentlichen Sachen, S. 19, 21.]

Der Wassergesetzentwurf vom Dezember 1911 schreibt nunmehr das Privateigentum an den Wasserläufen erster Ordnung, die den schiffbaren Strömen des § 21 II 14 A.L.R. im wesentlichen entsprechen, ausdrücklich dem Staat zu, s. § 7 des Entwurfs.

§ 8.

Staatseigentum am öffentlichen Fluß und Fischereiregal:

I. Nach § 24 II 14 A.L.R. werden die Nutzungen des gemeinen Staatseigentums niedere Regalien genannt. § 38 II 15 hebt besonders hervor, daß die Nutzungen der öffentlichen Ströme zu den Regalien gehören, endlich wird in § 75 II 15 die Fischerei noch ausdrücklich als Regalrecht bezeichnet.

Daß das staatliche Eigentum sich als wirkliches Privateigentum darstellt, ist in § 7 nachgewiesen worden. Es ist nunmehr zu untersuchen, in welchem Verhältnis das Fischereiregal zu diesem Eigentum steht.

Das Fischereirecht hat sich sehr verschiedene Stellungen im Rechtssystem anweisen lassen müssen. Während Gierke es als Persönlichkeitsrecht behandelt — s. D. Prr. Bd. I S. 716 —, hält es Zitelmann für ein Recht des rechtlichen Könnens — s. Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. II S. 47 ff. —, andere sehen es als dingliches Recht am Fischbestande an, so Enneccerus-Wolff § 79, v. Brünneck a. a. O.; endlich hat man es

als ein Recht besonderer Art, das allerdings den dinglichen Rechten nahe verwandt sei, erklärt, s. v. Anders a. a. O. Im folgenden soll der Nachweis geführt werden, daß nach preußischem Recht das Fischereirecht kein selbständiges Rechtsgebilde, sondern ebenso wie das Jagdrecht ein Bestandteil des Grundeigentums ist.

Hierbei ist folgendes zu erwägen: Das Fischereirecht setzt sich erstens aus dem Aneignungsrecht und zweitens aus dem Recht zusammen, das Wassergrundstück zum Zwecke der Fischerei zu benutzen, sich auf diesem Grundstück zu bewegen, Anlagen darauf zum Fischfang zu errichten u. s. f. Dieses Recht zur Benutzung eines Grundstückes gehört an sich zum Inhalt des Eigentums. Nun werden Jagd- und Fischereirecht im Rechtssystem zweifellos als einheitliche Rechte behandelt. Will man die so geforderte Einheit aufrecht erhalten, so läßt sich das Verhältnis des Aneignungsrechts zum Grundeigentum auf zweierlei Weise behandeln: Entweder betrachtet man auch das Aneignungsrecht als Inhalt des Grundeigentums und demnach das Fischereirecht als einen Eigentumssplitter. Oder man trennt aus dem Eigentum das Recht der Benutzung des Grundstückes zum Zwecke der Jagd oder Fischerei heraus und vereinigt es mit dem Recht der ausschließlichen Aneignung zu einem besonderen Recht neben dem Eigentum. Der Grundeigentümer, der die Jagd ausübt, würde dies nicht in seiner Eigenschaft als Eigentümer, sondern als Sonderberechtigter des Jagdrechts tun. Ebenso wie man die sogenannten Legalservituten vielfach nicht als Einschränkungen des an sich unbegrenzten Eigentums ansieht, sondern sie aus dem Wesen des Eigentums selbst erklärt, so würde das Eigentum begrifflich nicht das Recht zur jagdlichen oder Fischereinutzung des Grundstückes, geschweige denn das ausschließliche Aneignungsrecht umfassen.

[s. bes. Enneccerus-Wolff § 80 VI 3, S. 223, der geradezu den Vergleich mit dem Notwegrecht zieht, und Gierke, D. Prr., Bd. II, S. 400, 401.]

Diese Frage ist von weittragender praktischer Bedeutung. Von ihrer Beantwortung hängt es ab, ob das Fischereirecht eines Privaten am öffentlichen Fluß als dingliche Belastung des staatlichen Eigentums aufgefaßt werden kann, ob also die Grundsätze über die dinglichen Rechte, insbesondere die Nutzungsrechte, anwendbar sind. Denn wenn das Fischereirecht nicht zum Inhalt des Grundeigentums gehört, so ist seine Vergebung an einen andern als den Grundeigentümer keine Eigentumsbelastung.

Um das Verhältnis des Fischereirechts zum Grundeigentum hat sich ein lebhafter Streit entsponnen. Nach der einen Meinung ist es ein Sonderrecht neben dem Eigentum. Ihre Anhänger gehen im allgemeinen davon aus, daß das Fischereirecht ursprünglich zum Grundeigentum gehört, sich dann aber infolge der Entwicklung des Regalrechts von ihm gelöst und sich auch in der neueren Rechtsentwicklung nicht wieder mit ihm vereinigt habe. Sie behandeln dementsprechend das Fischereirecht des Staates als ein besonderes, neben dem Flußeigentum selbständiges Regalrecht und unterscheiden folgende Begriffe: Erstens die „Regalhoheit“, d. h. Bestandteile der Staatshoheit, die dem Regal beigemischt sind; „sie steht dem Staat auch ohne das Regal zu“. Zweitens die „Regalherrschaft“ als „Substanz des im Regal enthaltenen nutzbaren Rechts“. Endlich die „Regalnutzung“, die übertragbar ist — s. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II S. 400, 401.

Die Vertreter der anderen Anschauung geben zu, daß allerdings im Laufe der geschichtlichen Entwicklung Jagd und Fischerei teilweise eine gewisse Selbständigkeit gegenüber den anderen Bestandteilen des Grundeigentums erhalten haben, ja daß die Jagd zeitweise sich ganz von ihm abgelöst hat. Sie nehmen aber an, daß die Jagdgerechtigkeit infolge der neueren Gesetzgebung wieder ein Teil des Grundeigentums geworden ist, und daß gegenwärtig Jagd wie Fischerei als Ausfluß des Grundeigentums zu betrachten sind. Soweit es sich um das Fischereirecht des Staates im öffentlichen Strom handelt, führt diese zweite Auffassung dahin, daß der Begriff einer besonderen Regalhoheit ausscheidet. Das Fischereiregal enthält dann nur privatrechtliche Bestandteile, es kann gar nicht mehr in Frage kommen, ob es als Bestandteil der Souveränität zu betrachten ist, wie die ältere Lehre zum großen Teil annahm.

[vgl. hierzu: Pfeffinger a. a. O. Bd. III S. 1093, 1094; Jargow a. a. O. S. 27 bezeichnet die Regalien ebenfalls als Teil der *suprema potestas*.]

Auch der Begriff der Regalherrschaft scheidet bei dieser zweiten Auffassung aus. Denn die „Substanz“, aus der das Fischereirecht fließt, ist das Grundeigentum, das Fischereiregal ist nur ein Splitter dieses Eigentums. Infolgedessen kann auch nicht nur die „Regalnutzung“, sondern das Regal selbst im Einzelfalle vergeben werden. Das durch Verleihung und Ersitzung erworbene private Fischereirecht kennzeichnet sich als Recht auf

Nutzung fremden Eigentums. Ob es ein dingliches oder persönliches Recht ist, wäre zu prüfen. Ob ferner alsdann die allgemeinen Sätze über die dinglichen und persönlichen Nutzungsrechte auf das Fischereirecht anzuwenden, oder ob die Rechtssätze über Regalien genügend ausführlich sind, um als ausschließliche Regelung dieser Art der Nutzungsrechte zu gelten, wäre bei dieser Auffassung lediglich eine Frage der Gesetzestchnik.

II. Bevor die Gründe dargestellt werden, die für die Zugehörigkeit des Fischereirechts zum Grundeigentum sprechen, sollen mehrere Einwände erörtert werden, die sich gegen eine solche Auffassung vorbringen lassen.

1) Man kann in erster Linie geltend machen, daß das Aneignungsrecht keineswegs ein Eigentum am Wild oder an den Fischen in sich schließe, und man daher das Jagd- und Fischereirecht nicht als Ausfluß des Grundeigentums ansehen könne.

[so Czychlarz in Glücks Kommentar Serie 41, 42 S. 79.]

Nun trifft es zweifellos für das heutige Recht zu, daß der Jagd- oder Fischereiberechtigte kein Eigentum an den freien Tieren besitzt. Nichtsdestoweniger kann sein Recht Bestandteil des Grundeigentums sein, und zwar ist eine solche Rechtsgestaltung in zwei Formen möglich:

Erstens kann der Eigentumsbegriff eines Gesetzes so gestaltet sein, daß das Eigentum sich nicht als Herrschaft über eine Sache, sondern als das oberste Recht darstellt, die Nutzungen dieser Sache zu gewinnen. Teil dieses Eigentums wäre dann auch das Recht auf den Gewinn, den der Grund und Boden an Wild und Fischen bietet. Die Tiere würden zur Frucht des Eigentums in dem Augenblick, in dem sie erlegt werden.

[so Jähner a. a. O., besonders S. 23 ff.]

Aber auch wenn die rechtliche Konstruktion des Eigentumsbegriffes in einem Gesetze so gestaltet wäre, daß das Eigentum sich in der Sachherrschaft erschöpft, so kann das Gesetz trotzdem bestimmen, daß ausnahmsweise einzelne besonders wesentliche Nutzungsrechte in den Eigentumsbegriff hineingezogen werden. Es ist dies lediglich eine gesetzestekhnische Frage. Wie es Einschränkungen des Eigentums in den Legalservituten gibt, so läßt sich andererseits auch eine Ausdehnung auf die Jagd und Fischerei wohl denken. Hier kommt es nur auf die gesetzliche Regelung an.

2) Auch daß das Fischereirecht im A.L.R. als Regalrecht bezeichnet und daß eine größere Anzahl von Bestimmungen darüber

gegeben wird, ist kein Beweis für seine Selbständigkeit. Es ist keineswegs unmöglich, einen bestimmten Teil des Eigentumsrechts besonders zu behandeln, Sonderregeln für seine Uebertragung auf andere Personen und über seinen Umfang zu erlassen. Damit braucht ein solches Recht nicht gegenüber dem Grundeigentum selbständig zu werden.

III. Es sind nunmehr die einzelnen Gründe aufzuführen, die für die hier vertretene Ansicht sprechen.

1) Die geschichtliche Entwicklung gibt für die vorliegende Frage kein ausschlaggebendes Material.

Was das Jagdrecht anbelangt, das im Lauf der geschichtlichen Entwicklung in ganz Deutschland in die Hände der Fürsten und großen Grundherren übergegangen war, so hatte sich seit dem 16. Jahrhundert ein lebhafter Streit über seine Rechtsnatur entwickelt. Viele faßten es als Dienstbarkeit auf. Dabei ergab sich aber, daß es eine Grunddienstbarkeit des römischen Rechts deshalb nicht sein konnte, weil es nicht bestimmten Grundstücken anhaftete, eine persönliche Dienstbarkeit aber deshalb nicht, weil es beim Tode des Berechtigten weiterbestehen konnte. So verfiel man auf den Ausweg, es als eine „servitus iurisdictionalis“ zu behandeln, die der höchsten Gewalt ähnlich wie einem Grundstück zukomme.

[so besonders Zoanetti a. a. O. Nr. 58 ff. gegen Zasius, der das Jagdrecht als Grunddienstbarkeit ansah; als Dienstbarkeit faßte auch das Reichskammergericht das Jagdrecht auf, s. hierüber Daser a. a. O. Nr. 5; für die servitus iurisdictionalis s. noch Mor Teil 3 Kap. 1 Nr. 7, Kyllinger a. a. O. und Medices a. a. O. Teil 2 quaestio 2.]

Im Gegensatz hierzu fand die Mehrheit der Schriftsteller die Lösung darin, daß sie die Jagd für ein Regal erklärten. Damit wurde der Streitpunkt freilich nur verschoben. Denn ob das Jagdrecht nunmehr vom Eigentum gänzlich losgelöst war, oder ob nicht vielmehr das Jagdregal als eine Belastung dieses Eigentums anzusehen war, diese Frage war mit der bloßen Bezeichnung des Rechts als Regal noch nicht gelöst.

Immerhin wird man für jene Zeit mit Recht annehmen dürfen, daß das Jagdrecht vom Grundeigentum begrifflich zu trennen war. Denn es handelte sich hier um eine überall hervortretende Einschränkung des privaten Eigentums zugunsten obrigkeitlicher Gewalten. Soweit sich damals ländlicher Grund und Boden in Deutschland in der Hand von Privaten befand, konnte der Eigen-

tümer als solcher mangels besonderer Verleihung die Jagd auf seinem Grundstück nicht ausüben. Ein so umfassendes obrigkeitliches Recht am Grund und Boden des ganzen Landes konnte in der Tat kaum als ein privates dingliches Nutzungsrecht angesehen werden.

[s. über diese Streitfrage: Daser a. a. O. Nr. 5; Wernick a. a. O. Nr. X—XII; v. Ickstadt Dissertatio de eo Kap. III § 18; Götsius a. a. O. caput II (sämtlich für die Regalität der Jagd, gegen ihre Auffassung als Dienstbarkeit);

gegen die Regalität aber: Bilderbeck a. a. O.; Noe Meurer wendet bei der Frage des Verlustes der Jagdgerechtigkeit die Grundsätze über den non usus bei Dienstbarkeiten an, s. Fritschius corpus ven.-for. S. 457, „Servitut des Jagens und Hagens“; vgl. auch v. Khaysser Kap. 2 Nr. 6.]

Mit dem Augenblick aber, in dem das Jagdrecht den Grundeigentümern wieder zugeteilt wurde, schwand diese Auffassung. § 2 des preußischen Gesetzes vom 31. Oktober 1848 bestimmt: „Die Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht mehr stattfinden“. Damit ist ausgesprochen, daß die vererbliche und veräußerliche Vergebung des Jagdrechts mit der Wirkung gegen Dritte sich als dingliches Recht, also als Grundstücksbelastung, darstellen würde. Dies ist nur möglich, wenn das Jagdrecht als solches zum Inhalt des Grundeigentums gehört.

Für das Fischereiregal konnte diese Frage naturgemäß erst zur Entscheidung kommen, als das staatliche Privateigentum am öffentlichen Fluß zur herrschenden und leidlich klar formulierten Meinung geworden war. Für die ältere Zeit, die genauere Vorstellungen über dies Eigentum schwerlich gehabt hat, konnte die Regalität der Stromfischerei deshalb nicht zur Trennung des Fischereirechts vom Grundeigentum führen, weil als Eigentümer des Stromes höchstens der Staat selbst in Frage kam.

In den Privatflüssen hatten sich zwar größtenteils die Grundherren der Fischerei bemächtigt. Doch gab es daneben noch genug Almende- und Anliegerfischerei.

[vgl. Oettinger Nr. 24 ff., der fünf Arten von Gewässern scheidet: 1) solche mit freier Fischerei, 2) Bannwasser, 3) Almendewasser, 4) Privatwasser, in denen die Anlieger fischen, 5) Erblehenwasser.

anders freilich v. Cancrin a. a. O. 1. Abhdl. § 101, der auch bei den Privatflüssen die Regalität wenigstens als Regel ansieht.]

Auch hier konnte also nicht die Anschauung entstehen, daß die Fischerei inhaltlich nicht zum Grundeigentum gehöre.

Als dann aber das Staatseigentum an den öffentlichen Strömen anerkannt war, wurde das Verhältnis dieses Eigentums zum Fischereiregal schon deshalb nicht strittig, weil es sich nicht um ein Recht am fremden Grundstück, sondern gerade am eigenen Grundstück, nämlich am öffentlichen Strom, handelte. Wie die Schriftsteller des 17. und 18. Jahrhunderts sich jenes Verhältnis dachten, läßt sich also im wesentlichen nur bei zwei Fragen sehen: Erstens daraus, ob sie das Fischereiregal als eine Folge des Stromregals ansahen, und zweitens, ob sie das private Fischereirecht für ein dingliches Nutzungsrecht, eine Dienstbarkeit, erklärten. Für beides finden sich Belege.

[s. Leyser Bd. VII S. 621, der als ratio des Fischereiregals das Stromregal bezeichnet. Pfeffinger Bd. III S. 1465: Der Fürst besitzt das Fischereirecht „propter dominium, quod in flumine habet“.

Estor Bd. I § 331: „Inmassen aber die . . . Flüsse dem Landesherrn beigelegt werden, so gehören auch die Fische darin dem Landesherrn.“

Wesenbeck a. a. O.: „Certum enim est, quod in alieno nemo sine iure servitutis piscari possit domino prohibente.“

Thomasius a. a. O. S. 29 betrachtet das Jagdrecht zwar als Regal, erklärt es aber für eine Dienstbarkeit, sobald es auf einen „subditus“ durch Verleihung oder Ersitzung übergegangen ist, s. auch Wernick a. a. O. Nr. X—XII.

v. Ickstadt Diss. iur. de eo Teil 2 § 22 erklärt die Jagd und Fischerei in fundo privato für ein Regal, „in fundis civitatis publicis ex d o m i n i o principis . . . profluit“.

v. Cancrin 12. Abhdl. §§ 28, 30 sieht die Fischerei als Nutzung des Stromeigentums an.]

2) Auch allgemeine Erwägungen machen es wahrscheinlich, daß die Fischerei als Teil des Grundeigentums anzusehen ist. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Anhänger der Lehre vom selbständigen Fischereirecht das Recht der Grundstücksbenutzung, soweit sie zur Fischerei erforderlich ist, aus dem Begriffe des Grundeigentums heraustrennen müssen. Eine solche begriffliche Einschränkung des Eigentums läßt sich aus zwei Gesichtspunkten erklären:

Erstens nämlich dann, wenn Gründe des Allgemeinwohls den Ausschlag geben. Das alte wie das neue Recht kennt solche „Legalservituten“ in großer Zahl. Entweder handelt es sich um staatliche Eingriffe, wie bei den militärischen Leistungen der Grundeigentümer, oder es handelt sich wie beim Ueberbau oder Notweg darum, im allgemeinen Interesse die Vernichtung wirtschaftlicher Werte zu verhindern. Gründe dieser Art kommen beim Jagd- und Fischereirecht offenbar nicht in Betracht. Ob die Fischerei begrifflich Teil des Eigentums ist oder nicht, ist für das öffentliche Interesse ohne Bedeutung.

Zweitens wäre die Trennung der Fischerei vom Eigentum zu erklären, wenn sie, wie es ja bei der Jagd früher wirklich der Fall war, grundsätzlich nicht dem Eigentümer des Bodens, sondern anderen Personen, etwa dem Fürsten oder dem Adel, zugestanden hätte. Nun waren zwar in den kleinen Gewässern vielfach die Grundherren fischereiberechtigt, aber zum allgemeinen rechtlichen Grundsatz wie bei der Jagd war dieser Zustand nicht geworden. In den öffentlichen Strömen vollends stand das Fischereirecht dem Eigentümer, dem Staat selber, zu.

3) Machen nach alledem geschichtliche und allgemeine Erwägungen es wahrscheinlich, daß die Fischerei als Teil des Grundeigentums zu behandeln ist, so wird dies endlich durch die Bestimmungen des A.L.R. in hohem Grade bestätigt.

a) Die §§ 9—13 I 8 A.L.R. handeln „von den unter dem Eigentum begriffenen Rechten“. Nach § 9 gehört zum vollen Eigentum das Recht, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen und sich derselben zu begeben. Das Recht, eine Sache zu seinem Vorteil zu gebrauchen, wird Nutzungsrecht genannt. Die Nutzungsrechte des gemeinen Staatseigentums sind die Regalien. Indem zu diesen auch das Fischereirecht gezählt wird, spricht das A.L.R. deutlich aus, daß es „Nutzungsrecht“ des Eigentums, also dessen Bestandteil, ist.

b) Im gemeinen Recht stand der Satz fest, daß Regalien nur der Ausübung nach vergeben werden könnten. Ein solcher Satz war nötig, damit im Fall einer Aufhebung des verliehenen Rechts das Regal von selbst wieder in seinem vollen Umfang dem Staat zufiel.

[vgl. Pruckmann, De regalibus Kap. V Nr. 6: „Regalia non possunt ita alienari, ut directum atque utile simul dominium in accipientem transferatur.“]

Nach A.L.R. § 26 II 14 können die Regalien selbst von Privaten erworben und eressen werden. Denn da sie als Ausfluß des Staatseigentums gelten, erlangt der Staat bei einer Aufhebung des privaten Fischereirechts von selbst die volle Nutzung wieder.

c) A.L.R. § 191 I 9 bezeichnet die Fischerei ausdrücklich als ein Recht des Grundeigentümers.

d) Endlich hebt Döckel a. a. O. S. 510 mit Recht hervor, daß, wenn das Jagd- oder Fischereirecht ein selbständiges Recht neben dem Eigentum wäre, es gemäß § 8 R.G.B.O. auf Antrag als ein „mit dem Eigentum verbundenes Recht“ ins Grundbuch eingetragen werden müßte.

IV. Nach alledem ist das Fischereiregal am öffentlichen Fluß als Ausfluß des staatlichen Stromeigentums anzusehen. Die Begriffe der Regalhoheit, Regalherrlichkeit und Regalnutzung scheiden für das preußische Fischereirecht aus. Als die einzige „Substanz“, aus der es abgeleitet wird, erscheint das Grundeigentum.

[anderer Ansicht vor allem Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II S. 402, Enneccerus-Wolff S. 219; für die hier vertretene Ansicht aber Döckel a. a. O. S. 507 ff., Jähner a. a. O., wenigstens für das Fischereirecht Dernburg B.R. § 114; R.G. in J.W. 09 S. 49 für das Jagdrecht, ferner R.G. 55 S. 231; s. auch Oertmann, Bayrisches Landesprivatrecht S. 404, v. Gerber-Cosack Anm. 10 zu § 56, Förster-Eccius Bd. III § 171 zu Anm. 25.]

1) Eine Verleihung des Regals findet gegenwärtig nicht mehr statt. Wie die überaus zahlreichen älteren privaten Fischereirechte, die der Verleihung und Ersitzung ihre Entstehung verdanken, zu behandeln sind, ist in den folgenden Kapiteln zu erörtern. Die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß diese Rechte sich inhaltlich stets als Rechte auf Nutzung fremden Grundeigentums darstellen.

2) Gegenwärtig nutzt der Staat das Fischereiregal regelmäßig dadurch, daß er es verpachtet.

Da das Regal Bestandteil des Stromeigentums ist, erscheinen solche Verträge als Verpachtung des Flußgrundstücks. Sie bedürfen mithin bei mehr als einjähriger Dauer der Schriftform — §§ 581 Abs. 2, 566 B.G.B., ebenso für das Jagdrecht Döckel a. a. O. S. 517 § 135.

Einen anderen Standpunkt nimmt, wenigstens für die Verpachtung des Jagdrechts, das Reichsgericht ein — s. E.R.G. Bd. 51 S. 280. Es betrachtet das Jagdrecht zwar ebenfalls als Teil des

Grundeigentums, will jedoch die Jagdpacht deshalb nicht den Vorschriften über die Grundstückspacht unterwerfen, weil § 835 Abs. 2 B.G.B. und Artikel 71 E.G. z. B.G.B. die Verpachtung des Jagdrechts erwähnen, ohne diese Pacht als Grundstückspacht zu kennzeichnen. Nun ist es an sich schon bedenklich, lediglich aus der Wortfassung dieser Vorschriften heraus eine dogmatische Streitfrage zu entscheiden. Obendrein aber hat die preußische Jagdordnung vom 15. Juli 1907, G. S. S. 207 ff., an mehreren Stellen die Jagdpacht als Verpachtung des Grundstücks zu Jagdzwecken bezeichnet — s. unter anderem die §§ 5 Abs. 2, 27 des Gesetzes, vgl. auch die Entscheidung des Reichsgerichts in der Beilage zur J.W. 03 S. 140 Nr. 309, die es dahingestellt läßt, ob die Entscheidung in Bd. 51 S. 288 auch für die Fischereipacht gelten könne.

Kapitel III. Das private Fischereirecht am öffentlichen Strom. Begriffliche Grundlagen.

§ 9.

Die Fischereigerechtigkeit als Privatrecht.

Verhältnis zum Regalbegriff und zu den Nutzungsrechten im allgemeinen.

I. Nach § 26 II 14 A.L.R. können die niederen Regalien, also auch das Fischereirecht, von Privaten erworben und besessen werden. Die so erworbenen Rechte sind Privatrechte.

1) Die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ist außerordentlich bestritten. Klar ist jedoch, daß die Sätze des öffentlichen Rechtes stets irgendwelche Beziehung auf das Leben des Staates und der öffentlichen Organisationen haben müssen, sei es, daß sie für das Staatswohl besonders wesentlich sind — *ius, quod ad statum rei publicae spectat* —, sei es, daß es sich um die staatliche Organisation handelt. Eine solche Beziehung besteht bei den privaten Fischereirechten nicht. Es handelt sich hier um wirtschaftliche Rechte, die ebensowenig oder ebensoviel Bezug auf das Leben des ganzen haben, wie andere private Vermögensrechte, wie Eigentum, Pfandrecht u. s. f. Die Rechtsregeln, die von ihnen handeln, betreffen nur „*singulorum utilitatem*“.

2) Daß diese Rechte auf einem Wassergrundstück ausgeübt werden, und daß dieses Grundstück im Gemeingebrauch steht, widerspricht ihrem privatrechtlichen Charakter nicht. Steht doch der öffentliche Strom im Privateigentum des Staates.

3) Außer durch Ersitzung werden Regalien auch durch Verleihung, und zwar, wie später zu zeigen ist, durch Privileg erworben. Die Privilegien tragen nach dem A.L.R. den Charakter eines Gesetzes. Aber diese Entstehung steht der Auffassung der Fischereirechte als Privatrechte ebenfalls nicht im Wege. Vielmehr sieht man das Wesen des Privilegs im Gegensatz zu anderen Gesetzen eben darin, daß es einzelne Rechte, auch Privatrechte, schafft, ändert oder aufhebt.

4) Endlich läßt sich nicht einwenden, daß die Fischereirechte aus einem staatlichen Regal abgeleitet seien. Im Gegenteil findet sich hier gerade der schärfste Beweis für ihre privatrechtliche Natur. Wenn der Staat selbst bei der Verwaltung und Benutzung der Regalien nicht anders gestellt ist, als jeder Privatmann, § 76 II 14, wenn das Staatseigentum, aus dem die Regalien entspringen, sich als Privateigentum erweist, so müssen um so mehr die von Privaten erworbenen Regalrechte privatrechtlichen Charakter tragen.

Dies ist denn auch nahezu unbestritten.

[vgl. v. Staudinger in den Bl. für Rechtsanwendung Bd. 11 S. 391; anders Eisele S. 38 ff.]

II. Stellt sich die Fischereigerechtigkeit demnach als ein Privatrecht dar, so ist weiter zu untersuchen, zu welcher Art der Privatrechte sie gehört, ob sie ein dingliches oder persönliches Recht und ob sie insbesondere ein Nutzungsrecht an fremdem Eigentum ist.

Bevor hierauf näher eingegangen wird, ist indessen noch eine andere Frage zu erörtern: Die §§ 7 bis 9 der Dissertation haben zwar ergeben, daß die Fischereigerechtigkeit nach preußischem Recht lediglich ein Ausfluß des Grundeigentums ist, daß die Begriffe der Regalhoheit, Regalherrslichkeit und Regalnutzung keine Geltung besitzen, vielmehr die Fischereirechte sich inhaltlich als Rechte auf Nutzung staatlichen Eigentums darstellen. Nichtsdestoweniger wäre es denkbar, daß das A.L.R. diejenigen Rechte, welche auf Verleihung oder Ersitzung von Regalien beruhen, als eine besondere Gruppe von Rechten behandelte, für welche die allgemeinen Vorschriften über dingliche und persönliche Nutzungsrechte grundsätzlich nicht gelten sollen.

Gegen eine solche Auffassung sprechen jedoch folgende Gründe:

Indem das A.L.R. das Fischereiregal ausdrücklich als Nutzungsrecht des staatlichen Privateigentums behandelt, hat es

dieses Recht in die allgemeinen Begriffe der dinglichen und persönlichen Nutzungsrechte eingereiht. Wenn die allgemeinen Vorschriften über diese Rechte nicht angewendet werden sollten, so bedurfte es hierzu besonderer Anordnung im Gesetz. Eine solche Bestimmung fehlt.

Nun verweist zwar § 77 II 15 für das Fischereirecht ausdrücklich auf einige Vorschriften in I 19. Aber daraus läßt sich nicht etwa folgern, daß im übrigen die allgemeinen Vorschriften des A.L.R. über Nutzungsrechte nicht anzuwenden wären: Die §§ 75, 76 II 15 handeln von solchen Fischereirechten, die einer Familie oder den jeweiligen Eigentümern eines Grundstückes für ihren Hausbedarf zugeteilt sind, und bestimmen, daß der Berechtigte solche Fischereien weder verpachten noch mit den Fischen Handel treiben darf.

§ 77 II 15 fährt dann fort: „Uebrigens finden die allgemeinen Vorschriften über die Rechte auf fremdes Eigentum auch auf die solchergestalt verliehene Fischereigerechtigkeit Anwendung (I 19 §§ 22—28).“ Die §§ 22—28 I 19 enthalten gleichfalls Vorschriften über Nutzungsrechte, die auf den Hausbedarf beschränkt sind. Es sollte also m. E. vermieden werden, daß man die §§ 75 II 15 als ausschließliche Regelung dieser eingeschränkten Fischereirechte ansah; man machte daher ausdrücklich darauf aufmerksam, daß näheres über sie auch in I 19 zu finden sei. Bei dieser Auffassung spricht § 76 II 15 eher für die hier vertretene Meinung.

Findet sich demnach im A.L.R. keine Vorschrift, welche die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über dingliche und persönliche Nutzungsrechte auf die privaten Regalrechte ausschließt, so würde man dennoch vielleicht in zwei Fällen zu dem Schluß gelangen können, daß diese allgemeinen Regeln ganz oder teilweise nicht gelten sollten.

Erstens dann, wenn im Verlaufe der geschichtlichen Entwicklung die allgemeinen Vorschriften über Nutzungsrechte auf die Fischereirechte grundsätzlich nicht angewendet worden wären; zweitens dann, wenn die Vorschriften des A.L.R. über Fischereirechte, Regalien, Privilegien und selbständige Gerechtigkeiten so vollständig wären, daß für die Anwendung der allgemeinen Rechtsätze über dingliche und persönliche Rechte kein Raum mehr bliebe.

1) Was zunächst die geschichtliche Entwicklung anlangt, so kann allerdings nicht verkannt werden, daß mindestens beim Jagdrecht die Vorschriften über Dienstbarkeiten durch die Rechtssätze

über die Regalien völlig ausgeschlossen sein sollten. Denn auf diesem Gebiet stellte man allerdings den Regalbegriff in Gegensatz zum Begriff der Dienstbarkeit.

[s. hierzu die in § 8 der Dissertation genannten Schriftsteller.]

Es ist aber schon dargelegt worden, aus welchen Gründen gerade beim Jagdrecht diese Auffassung Anhang finden mußte — s. oben S. 36, 37. Für das Fischereirecht ist sie nirgends in solcher Weise ausgesprochen worden, und selbst für das Jagdrecht wurde eine mittlere Auffassung vertreten, nach der es als Regal nur gelten sollte, so lange es dem Fürsten selbst zustand, dagegen als Dienstbarkeit, wenn es auf Private übertragen worden war.

[s. die in § 8 genannte Literatur, besonders S. 38.]

Die Möglichkeit, daß das übertragene Regalrecht als Dienstbarkeit aufgefaßt werden könne, war also jener Zeit nicht fremd.

2) Ebenso wenig läßt sich behaupten, daß die Sonderregeln des A.L.R. über Fischerei, Regalien, Privilegien und selbständige Gerechtigkeiten infolge ihrer Vollständigkeit für die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Nutzungsrechte keinen Raum mehr ließen. Jene Sonderregeln enthalten zwar ziemlich vollständige Vorschriften über die Begründung der Fischereirechte und über ihren Inhalt, über ihre Uebertragung und Belastung aber nur, sofern sie ein Blatt im Hypothekenbuch erhalten haben, endlich auch über ihre Aufhebung nur, soweit sie auf Privilegien beruhen. Dagegen fehlen Regeln über die Uebertragung ersessener Fischereirechte, über die Folgen im Falle einer Teilung des berechtigten Grundstücks, endlich über die Aufhebung der ersessenen Fischereirechte.

Sind sonach jene Sonderregeln des A.L.R. nicht vollständig genug, um die allgemeinen Sätze auszuschließen, so erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß die allgemeinen Vorschriften über Nutzungsrechte, wie es dem System des A.L.R. entspricht, auch für die Fischereirechte gelten sollten.

Hiernach kann nunmehr geprüft werden, ob die privaten Fischereirechte dingliche oder persönliche Rechte sind, und zu welcher Unterart dieser Rechte sie gehören.

§ 10.

Die Fischereigerechtigkeit als dingliches Recht am Stromgrundstück.

I. 1) Das A.L.R. handelt in den §§ 122 ff. I 2 von dem Unterschiede der persönlichen und dinglichen Rechte im allgemeinen.

§ 123 lautet: „Ein persönliches Recht enthält die Befugnis, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er etwas geben, leisten, verstaten oder unterlassen solle.“ Die dinglichen Rechte sind entweder subjektiv oder objektiv dinglich. Subjektiv dinglich sind sie, wenn sie von dem jeweiligen Eigentümer einer Sache ausgeübt werden, objektiv dinglich, wenn ihr Gegenstand eine Sache ist ohne Rücksicht auf die Person, bei der sich die Sache befindet. Die objektiv dinglichen Rechte heißen Rechte auf die Sache, § 127. Wenn das A.L.R. von dinglichen Rechten schlechtweg spricht, so sind damit nur die „Rechte auf die Sache“ gemeint, § 130.

Zwischen die persönlichen und dinglichen Rechte schiebt sich das „Recht zur Sache“ — vgl. hierüber §§ 124 I 2, 25 I 10, 3 I 15, 4—6 I 19 —, welches dem Berechtigten zwar nicht gegenüber jedem Erwerber der Sache, wohl aber gegenüber demjenigen erhalten blieb, der die Sache in Kenntnis des fremden Rechtes erwarb.

Die dinglichen Rechte der heutigen Rechtslehre entsprechen demnach den Rechten auf die Sache im A.L.R. Das wesentliche Kennzeichen dieser Rechte besteht darin, daß sie eine Sache unmittelbar ergreifen, während das persönliche Recht lediglich eine andere Person verpflichtet. Aus diesem Begriff ergeben sich zwei besonders wesentliche Eigenschaften des dinglichen Rechts: Erstens bleibt es grundsätzlich bestehen, auch wenn die Sache in die Hände von Nichtberechtigten kommt. Zweitens kann das Recht nicht nur von einer bestimmten verpflichteten Person, sondern von jedem verletzt werden, der den Berechtigten hindert, die ihm zustehende Sachherrschaft auszuüben — absolute Wirkung.

2) Was die einzelnen Arten der dinglichen Rechte betrifft, so kennt das A.L.R. anders als das römische Recht keine geschlossene Zahl der iura in re. Jedes persönliche Recht, das auf Gewährung oder Leistung einer Sache gerichtet ist, kann unter gewissen Voraussetzungen dinglich werden. Dementsprechend behandelt das A.L.R. die dinglichen Rechte grundsätzlich nicht gesondert von den persönlichen. Vielmehr gibt es in I 19 allgemeine Regeln über die „Rechte auf fremdes Eigentum“ ohne Rücksicht darauf, ob diese Rechte persönlich oder dinglich sind. Ebenso betrifft der Titel über die „Rechte auf Nutzung fremden Eigentums“, I 21, sowohl die dinglichen als auch die persönlichen Nutzungsrechte. Er enthält zugleich mehrere Sondervorschriften darüber, wann solche Rechte dinglich sind.

Eine Ausnahme von dieser gemeinsamen Behandlung ding-

licher und persönlicher Rechte macht der Titel I 22 A.L.R. Er handelt von Gerechtigkeiten, die „einem Grundstück gegen das andere zustehen“ — § 12 daselbst —, also von Rechten, deren Inhaber der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks, und deren Gegenstand ein anderes Grundstück ist. Der Titel gibt eingehende Vorschriften darüber, wann zur Entstehung eines solchen dinglichen Rechts die Eintragung in das Hypothekenbuch erforderlich ist und wann nicht. Streit herrscht darüber, ob I 22 alle dinglichen Nutzungsrechte umfaßt, die zugleich subjektiv und objektiv dinglich sind, oder ob der Begriff der Grundgerechtigkeit nur die römischen *servitutes praediales* umfaßt. In diesem Falle würde man I 22 nur auf solche Rechte anwenden können, die lediglich dem Nutzen des *praedium dominans* dienen. Vor allem würden auch solche Fischereirechte ausscheiden, die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks mit dem Recht zum Fischhandel verliehen worden sind. Dergleichen Rechte würden nicht den Vorschriften in I 22, sondern den allgemeinen Regeln über Nutzungsrechte in I 19 und I 21 unterstehen.

[so Koch Anm. 15 zu § 12 I 22; Förster-Eccius Bd. 3 § 187 Anm. 13; E.R.G. 8 S. 213; Gruchot Bd. 31 S. 75; Bolze Bd. 8 Nr. 79; Rehbein, Obertribunal Bd. 3 S. 491 Anm. zu Nr. 298.]

Mit Recht hat demgegenüber Dernburg darauf hingewiesen, daß der Wortlaut des A.L.R. § 12 I 22 für eine solche Einschränkung keinen genügenden Anhalt bietet. Geradezu gegen sie spricht § 203 I 22, der für unbestimmte Holzungsgerechtigkeiten die Auslegungsregel gibt, daß sie auf das Bedürfnis des *praedium dominans* beschränkt seien. Enthielte bereits der Begriff der Grundgerechtigkeit eine solche Beschränkung, so wäre § 203 I 22 überflüssig.

3) Ueber die Entstehung dinglicher Rechte, insbesondere der dinglichen Nutzungsrechte sowie der Grundgerechtigkeiten, enthält das A.L.R. folgende Regeln:

Im allgemeinen hängt die Dinglichkeit eines Rechts davon ab, daß der Berechtigte den Besitz der belasteten Sache erlangt. Soweit dies nicht der Fall ist, kann ein Recht nur kraft besonderer gesetzlicher Anordnung dinglich sein — §§ 135 ff. I 2.

Nutzungsrechte auf fremdes Eigentum wirken aber auch ohne Besitz dinglich, wenn sie ins Hypothekenbuch eingetragen oder durch Verjährung erworben sind — §§ 1 ff. I 21.

Zur Entstehung einer Grundgerechtigkeit endlich genügt das

bloße Rechtsgeschäft, ohne daß eine Eintragung erforderlich wäre. Außerdem kommt auch hier die Ersitzung in Betracht — §§ 13 ff. I 22, § 58 des Anhangs zum A.L.R.

II. Es fragt sich nunmehr, ob die privaten Fischereigerechtigkeiten nach den hier dargestellten Vorschriften dingliche oder persönliche Rechte sind, und zu welcher Gruppe dieser Rechte sie gehören.

Hierbei ist folgendes zu erwägen: Inhaltlich stellen sich die privaten Fischereirechte, wie schon mehrfach betont ist, als Rechte auf Nutzung fremden Eigentums dar. Andererseits ist ihre Begründung bei den Vorschriften über die niederen Regalien besonders geregelt. Regalrechte können — wie später noch genauer darzustellen ist — nach A.L.R. nur auf zweierlei Weise erworben werden, erstens durch Verleihung, und zwar in den Formen des Privilegiums oder der Belehnung, zweitens durch Ersitzung. Das Verhältnis dieser Regeln zu den allgemeinen Vorschriften über die Begründung dinglicher Nutzungsrechte kann verschieden aufgefaßt werden.

Möglich ist erstens, daß die Vorschriften in den Titeln I 2, 19, 21, 22 ausschließlich darüber entscheiden sollen, wann Nutzungsrechte auf fremdes Eigentum dinglich sind. Solange für die privaten Fischereirechte die Erfordernisse dieser Titel nicht erfüllt wären, würden sie dann lediglich persönliche Rechte sein.

Nun hat der Fischereiberechtigte zweifellos nicht Besitz am öffentlichen Strom. Demnach könnten gemäß § 7 I 19 und § 13 I 22 ohne Eintragung ins Hypothekenbuch nur die ersessenen Fischereirechte dinglich wirken, vielleicht auch gemäß § 58 des Anhangs zum A.L.R. diejenigen, die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehen. Im übrigen wäre die Eintragung ins Grundbuch erforderlich, wobei dann zu prüfen wäre, ob nach dem A.L.R. und der Hypothekenordnung Grundbücher über öffentliche Ströme überhaupt geführt werden konnten.

Die andere Auffassung würde dahin gehen, daß für die Frage, ob die privaten Fischereirechte dinglich sind oder nicht, die allgemeinen Vorschriften überhaupt nicht in Betracht kommen. Diese Frage wäre vielmehr auf Grund der Sondervorschriften über die Fischerei und die Regalrechte sowie aus der geschichtlichen Entwicklung und dem Wesen dieser Rechte zu beurteilen.

M. E. kann nur diese zweite Auffassung zutreffen. Allerdings bestimmte der schon genannte § 136 I 2, daß dingliche Rechte außer

durch die Uebertragung des Besitzes nur in den besonderen, gesetzlich bestimmten Fällen sollten entstehen können, und eine solche Vorschrift hat das A.L.R. für die privaten Fischereirechte nicht gegeben. Wollte man aber dementsprechend wirklich die allgemeinen Regeln über die Entstehung dinglicher Rechte auf die privaten Fischereirechte anwenden, so würden die ersessenen Rechte anders geartet sein als diejenigen, welche auf einem Privileg beruhen. Denn diese würden ohne Eintragung ins Hypothekenbuch als persönliche Rechte keine Wirkung gegen Dritte entfalten können. Das A.L.R. weiß jedoch von einer solchen Verschiedenheit nichts. Offenbar sollen die verliehenen und ersessenen Regalgerechtsamen sich als Rechte der gleichen Gattung darstellen, Verleihung und Ersitzung das Recht in seinem vollen Umfang begründen, ohne daß seine Wirkung durch die Eintragung ins Grundbuch verstärkt zu werden brauchte. Auch die Regalienlehre des gemeinen Rechts kannte als einzige Erwerbsarten der Regalien *concessio* und *consuetudo*, ohne daß weitere Erfordernisse zur Begründung nötig gewesen wären. Demnach müssen für diese Frage die allgemeinen Vorschriften der Titel I 2, 19, 21—22 ausscheiden.

Für die Dinglichkeit der Fischereigerechtsamen sprechen nun folgende Gründe:

1) Soweit man vor dem Inkrafttreten des A.L.R. das Jagd- und Fischereirecht überhaupt in rechtliche Beziehung zum Grundeigentum setzte und es nicht als Regalrecht einer Sonderbehandlung unterwarf, faßte man es als dingliches Recht, nämlich als Dienstbarkeit, auf — s. S. 36, 37 der Dissertation, vgl. E.R.G. 4 S. 182, 7 S. 164, 53 S. 98 ff., 59 S. 289 ff., JW. 01 S. 41, 03 S. 32, die auch für das heutige gemeine Recht an der Dinglichkeit des Fischereirechts festhalten und es daher mit der *actio confessoria* schützen.

2) Das Fischereiregal ist, wie schon mehrfach betont wurde, ein Nutzungsrecht des staatlichen Eigentums, ein Eigentumsteil. Nun ergeben die Vorschriften über Regalien, daß diese Nutzungsrechte selbst von Privaten erworben und besessen werden können. Nirgends ist davon die Rede, daß der Staat in diesem Fall lediglich obligatorische Verpflichtungen übernehme. Er splittert vielmehr einen Teil seines Eigentums, nämlich das Fischereinutzungsrecht, ab und überträgt es auf einen anderen. In einer solchen Absplitterung von Eigentumsstücken liegt aber gerade das Wesen des dinglichen Rechts.

[s. Enneccerus-Wolff S. 130 und Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II S. 359, 366.]

3) Da die Nutzungsrechte auf fremdes Privateigentum, die auf Ersitzung beruhen, schon nach den allgemeinen Vorschriften des A.L.R. dingliche Rechte sind, vgl. §§ 7 I 21, 13 I 22, das A.L.R. aber zwischen ersessenen und verliehenen Regalien keinen Unterschied macht, wird man nicht fehlgehen, wenn man beiden Arten die Dinglichkeit zuspricht.

4) Daß die privaten Regalgerechtsamen absolute Wirkung haben sollten, zeigt § 28 II 14, der bestimmt: „Wem das Oberhaupt des Staates dergleichen Nutzungsrecht verliehen hat, kann zur Verteidigung desselben auf den Beistand des fiskalischen Amtes gegründeten Anspruch machen.“ Danach kann an sich der Fischereiberechtigte auch selbständig die Verteidigung seines Rechtes übernehmen. Absolute Rechte auf die Nutzung fremder Sachen werden aber in der Regel dingliche Rechte sein.

5) Endlich kommt in Betracht, daß lediglich obligatorische Rechte in der Regel nicht auf unbegrenzte Zeit vererblich übertragen werden.

Nach alledem sind die privaten Fischereigerechtigkeiten als dingliche Nutzungsrechte am staatlichen Wassergrundstück anzusehen. Daß solche Rechte am Wassergrundstück möglich sind, und daß ihrem dinglichen Charakter auch der Gemeingebrauch am öffentlichen Strom nicht entgegensteht, geht schon daraus hervor, daß der Fluß selbst sich im Privateigentum des Staates befindet.

[s. für die Dinglichkeit der Fischereirechte nach preußischem Recht: Dernburg, Pr. Pr. § 230; Obertribunal Bd. 71 S. 152; E.R.G. in JW. 98 S. 208; E.R.G. Bd. 75 S. 398, Bd. 55 S. 314 ff., Bd. 53 S. 100; Gruchot Bd. 44 S. 929; dagegen: Enneccerus-Wolff § 81 S. 225; Koch A.L.R. zu § 170 I 9; Gierke, D. Prr. Bd. II S. 403, 621.]

III. Demnach galten nach A.L.R. für die privaten Fischereirechte außer den Sondervorschriften über Fischerei, Regalien und Privilegien auch die allgemeinen Vorschriften über dingliche Rechte. Soweit sie subjektiv persönlich waren, galten ferner die Regeln in I 21; waren sie dagegen subjektiv dinglich, so war I 22 anzuwenden.

Diese Vorschriften sind seit dem 1. Januar 1900 beseitigt. Denn die Vorbehalte des E.G. z. B.G.B. für Wasserrecht, Regalien und Fischerei haben nicht zur Folge, daß für diese Rechtsgebiete

auch die sämtlichen allgemeinen Regeln des bisherigen Rechts fortgelten. Vielmehr treten an ihre Stelle die entsprechenden Regeln des neuen Rechts. Auch sind die allgemeinen Sätze des A.L.R. über dingliche Rechte, Nutzungsrechte und Grundgerechtigkeiten durch Art. 89 des preußischen A.G. z. B.G.B. noch ausdrücklich fast ganz aufgehoben worden.

Es fragt sich, welche Vorschriften nunmehr gelten. Maßgebend muß dabei sein, daß die privaten Fischereirechte, die ja auch nach dem 1. Januar 1900 kraft des Vorbehalts für Regalien weiter durch Verleihung und Ersitzung entstehen können, ohne jedes weitere Erfordernis als dingliche Rechte zu behandeln sind. Nun kennt das B.G.B. jedoch nur eine geschlossene Anzahl dinglicher Rechte, in deren Kreis das Fischereirecht nicht unmittelbar eingefügt werden kann. Die einzigen beschränkten Nutzungsrechte, die das B.G.B. an Grundstücken zuläßt, sind die Dienstbarkeiten. Grunddienstbarkeiten sind nach dem B.G.B. nur insoweit möglich, als sie dem Nutzen des praedium dominans dienen, die persönlichen Dienstbarkeiten aber erlöschen mit dem Tode des Berechtigten. Beide Erfordernisse treffen bei der großen Mehrheit der Fischereirechte nicht zu. Da indessen das B.G.B. andere Rechte, die dem Fischereirecht des preußischen Rechts näher stehen, nicht kennt, bleibt nichts übrig, als jene Vorschriften des B.G.B., soweit sie nicht unmittelbar gelten, wenigstens analog anzuwenden.

Es ist nunmehr noch zu untersuchen, wie weit die Fischereirechte als selbständige Gerechtigkeiten den Grundstücken gleichstehen.

§ 11.

Die Fischereigerechtigkeit als unbewegliche Sache.

I. Nach § 7 I 2 A.L.R. werden Rechte im allgemeinen als bewegliche Sachen behandelt. Als unbeweglich gelten sie aber dann, wenn sie mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden sind — § 8. § 9 I 2 bestimmt endlich: „Außerdem hat ein Recht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache nur alsdann, wenn ihm dieselbe durch besondere Gesetze beigelegt worden ist.“

Eine solche ausdrückliche Bestimmung hat das A.L.R. lediglich für das Bergwerkseigentum gegeben — § 253 II 16. Indessen ergeben die Regeln, die es für die Grundstückspfandrechte aufgestellt hat, sowie einzelne Vorschriften der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1883, daß als unbewegliche Sachen außer dem

Bergwerkseigentum noch eine ganze Reihe anderer Rechte zu gelten haben.

Nach § 390 I 20 A.L.R. können Hypothekenrechte nur auf Grundstücke und solche Gerechtigkeiten erworben werden, welche die Gesetze den unbeweglichen Sachen gleichstellen, und zwar nur dann, wenn diese Grundstücke und Gerechtigkeiten in die öffentlichen Bücher eingetragen sind, § 391 I 20. Danach ist der Schluß gerechtfertigt, daß das A.L.R. als unbeweglich die Rechte ansieht, die im Hypothekenbuch ein eigenes Blatt erhalten und demnach in Form der Hypothek verpfändet werden können. Die §§ 394—396 I 20 sagen, welche Rechte hierzu gehören. Nach § 394 erhalten „kein besonderes Folium Pertinenzstücke und Gerechtigkeiten, welche zu gewissen Hauptgrundstücken gehören und nur mit selbigen zugleich besessen und veräußert werden können“. „Dagegen müssen Gerechtigkeiten, die für sich selbst bestehen und auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt werden können, in besondere Tabellen eingetragen werden“ — § 395. „Wie die Hypothekenbücher einzurichten, und die Eintragung der Grundstücke und Gerechtigkeiten in dieselben zu bewerkstelligen sei, ist in der Hypothekenordnung vorgeschrieben“ — § 396.

Die Vorschriften der Hypothekenordnung über diesen Punkt haben zum Teil den gleichen Wortlaut wie die des A.L.R. Nach § 12 Hp.O. erhielten „Pertinenzien und Gerechtigkeiten, die zu gewissen Hauptgrundstücken geschlagen sind und nur mit solchen zugleich besessen und ausgeübt werden können, kein besonderes Blatt“. „Gerechtigkeiten, welche nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen, einen eigenen bestimmten Wert haben, auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt, folglich auch für sich allein veräußert und verpfändet werden können“, sollten dagegen unter besonderen Nummern ins Hypothekenbuch eingetragen werden — § 14 Hp.O. Als Arten solcher Gerechtigkeiten nennt die Hypothekenordnung Barbier- und Badstuben, privilegierte Kramläden, Apotheken und Buchdruckereien.

Die Fischereigerechtigkeit wird hier nirgends genannt. Auch sonst hat das A.L.R. keinen klaren Begriff der selbständigen Gerechtigkeiten aufgestellt. Die bereits genannten Bestimmungen in § 395 I 20 A.L.R. und § 14 Hp.O. sind außerordentlich undurchsichtig, so daß sich ein lebhafter Streit darüber entsponnen hat,

welche Rechte nach diesen Vorschriften als unbewegliche Sachen zu behandeln sind.

[s. hierzu Sehling, Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Eigentümers nicht entzogenen Mineralien, Leipzig 1904, S. 168 ff.]

Indessen läßt sich für die Fischereigerechtigkeit aus der Geschichte des älteren preußischen Grundbuchrechts mit Sicherheit der Nachweis führen, daß sie zu den selbständigen Gerechtigkeiten gehören sollte.

II. 1) Das ältere deutsche Recht behandelte als unbewegliche Sachen alle Rechte, die den obrigkeitlichen Gewalten als solchen zustanden. Das galt auch von Zehnten und Regalrechten. Insbesondere wurden diese Rechte wie Grundstücke durch Auflassung veräußert; in der ältesten Zeit wandte man dabei das Symbol der *festuca* an.

[vgl. hierzu Heusler, Institutionen Bd. I S. 336; Stobbe Bd. I S. 592.]

Zu diesen grundstücksgleichen Rechten zählte auch die Fischerei.

[Anm.: Heusler führt aus dem cod. dipl. Anhalt. Bd. II Nr. 325 an: „*piscationem effestucavit*“. Hier seien weiter beigelegt: Erhard, Regesta historiae Westfaliae Bd. II Nr. 250: „*. . . eandem piscationem, assentiente filio suo Ottone marchione, . . . coram nobis omnibus effestucavit*“; Riedel, cod. dipl. Brandenburg. A Bd. 10 S. 258: „Ok so hebbe wy von unser wegen und unsir erven . . . gentzliken verlaten und vortegen . . . alle were und allerleye vischerey“; ebendort A Bd. 11 S. 63: „Und wy — ver eygen und verlaten dy vorbenemede vyscherey uppe deme see to groten glyneke in der vrowen eghendum“; ebendort A Bd. 13 S. 238 beurkundet der Rat von Angermünde die Veräußerung einer Fischerei; aus Felix Stoffel, Die Fischereiverhältnisse des Bodensees, Bern 1906 S. 57, 58: Ein Bürger von Konstanz wollte eine „Gewellstatt“ verkaufen, d. h. ein Seestück, auf dem er das Fischereirecht hatte, er fragt den Rat, welche Form nötig sei. „Da ward erteilt mit gesamtem Urteil, daß die Gewellstatt sin“ (d. h. des Käufers) „Zins aigen wäre, wenn er“ (d. h. der Verkäufer) „dar- ginge und sich öffentlich an des Riches Straß der vorgenannten Gewellstatt entzige in des Käufers Hand“; aus J. Vetter, Die Schifffahrt, Flötzerei und Fischerei auf dem Oberrhein S. 166: „*. . . und han mich enzigen vor offenem Gericht zu Löffenberg mit rechter*

gesameter urteile bi gesworenem rade . . . alles des Rechts und der ansprache, so ich an der vorgenannten vischentz . . . möchte han alder gewinnen“; Pommersches Urkundenbuch Bd. 2 S. 30 Nr. 256: „Piscationem nobis . . . resignaverunt“.]

Für die Zeit von 1400 bis 1700 habe ich ähnliche Zeugnisse nicht finden können. Die partikularen Rechtsordnungen dieser Zeit enthalten allerdings vielfach Bestimmungen darüber, daß gewisse Rechte als unbewegliche Sachen behandelt und dementsprechend durch Auflassung veräußert werden sollen, doch wird der Fischerei nirgends ausdrücklich gedacht. In der Regel werden die Rechte aufgezählt, welche mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, ferner Gülten, Dienstbarkeiten, insbesondere der Nießbrauch, und „Gerechtigkeiten“, ohne daß für diese eine genauere Begriffsbestimmung gegeben würde.

[vgl. Wormser Reformation von 1561 Teil V 1. Titel; Frankfurter Reformation von 1578, Teil 2, 3. Titel §§ 1, 3; Landrecht der Churpfalz von 1553, 2. Teil, 7. Titel.]

3) In den Städten gewannen allmählich große Bedeutung die Rechte zum Betrieb gewisser Gewerbe, der Brauerei, des Kramhandels, der Apotheken, der Barbier- und Badstuben. Solche Rechte konnten nicht als Rechte an fremdem Grund und Boden aufgefaßt werden. Sie enthielten die Befugnis, auf eigenem Grund und Boden das Gewerbe kraft Privilegs auszuüben. Von einem räumlichen Herrschaftsgebiet solcher Rechte konnte man in dem Sinne sprechen, daß sich die Einwohner eines Stadtbezirks vorwiegend an den Gewerbetreibenden wendeten, der in ihrem Bezirk wohnte.

Als man nun im 18. Jahrhundert den Versuch machte, den Begriff der Gerechtigkeiten zu bestimmen, führte diese Entwicklung dahin, daß man die Gerechtigkeiten mehrfach im Gegensatz zu den Dienstbarkeiten als Rechte am eigenen Grundstück auffaßte. Indessen ist diese Ansicht nicht zur Herrschaft gelangt, vielmehr war der Begriff der Gerechtigkeiten zu der Zeit, als das A.L.R. in Kraft trat, noch ebenso ungeklärt wie bisher.

[vgl. hierzu: Estor a. a. O. §§ 1988 ff.; Schlüter, Traktat von unbeweglichen Sachen, Hamburg 1707, Teil I Titel IV: „Das Recht, im eigenen Erbe ein Gewerbe zu betreiben.“ Heineccius, *elementa iur. Germ. Lib. II Tit. V: Die servitutes germanicae* „*generali admodum vocabulo dicuntur „Gerechtigkeiten“*“; ähnlich

unklar das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1721, 3. Buch Titel I Artikel 1 ff.]

4) Unterdessen aber hatte in Preußen die staatliche Grundbuchgesetzgebung eingesetzt. Sie mußte entscheiden, welche Rechte weiterhin den Grundstücken gleichstehen sollten, vor allem, welche Rechte ebenso wie Grundstücke durch Eintragung ins Grundbuch sollten verpfändet werden können.

Am 28. September 1693 erging ein kurfürstliches Edikt, nach dem für die Städte Berlin und Cölln Haupt- und Lagerbücher angelegt werden sollten — s. C.C.M. II. Teil II. Abt. Nr. XI. Eintragungsfähig waren Häuser, Buden, Gärten, Aecker, Wiesen und „in Summa alle liegenden Gründe“. Die Bücher, die hierauf angelegt wurden, befinden sich im Königlichen Geheimen Staatsarchiv (Prov. Brdb. Rep. 5 A, Stadtgericht Berlin, I 1 ff.). Sie enthalten ausschließlich Verpfändungen des gesamten Vermögens, doch wird stets besonders hervorgehoben, daß der Grundbesitz des Schuldners mit verpfändet sei. Fischereigerechtigkeiten werden als Immobilien nicht erwähnt, auch da nicht, wo Fischer ihr Vermögen verpfändet haben.

Am 4. Februar 1722 erging eine Hypotheken- und Konkursordnung für den ganzen Preußischen Staat. Nach § 2 waren in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen „alle unbewegliche Güter, so unter der Jurisdiction befindlich“. Zugleich wurde die Generalhypothek für das bewegliche Vermögen abgeschafft, ein Pfandrecht an beweglichen Sachen sollte nur als Faustpfand gültig, die Generalhypothek nur für Grundstücke möglich sein. Auch einer Generalhypothek an Grundstücken gingen die eingetragenen Spezialhypotheken stets vor — vgl. §§ 29, 5.

Was die Hypothekenordnung von 1722 unter unbeweglichen Gütern verstand, ist aus ihr selbst nicht klar ersichtlich. Daß man aber als unbeweglich nicht nur Grundstücke, sondern auch eine Reihe von Gerechtigkeiten, insbesondere die Fischereigerechtigkeit, ansah, zeigt die Handhabung des Gesetzes. Die Hypothekenbücher, die auf Grund der Hypothekenordnung von 1722 für Berlin und Cölln angelegt worden sind, werden ebenso wie die Hypothekenbücher von 1693 ff. im Königlichen Geheimen Staatsarchiv aufbewahrt (Prov. Brdb. Rep. 5 A, Stadtgericht Berlin, Tit. I Sectio 1).

Hierbei finden sich zunächst eine große Reihe von Büchern, die Realfolien zeigen und in mehreren Spalten über den Eigentümer, Lage, Wert und Belastung eines Grundstücks Auskunft geben. Die

letzte Spalte trägt die Ueberschrift: „Hat der Besitzer sonst noch liegende Gründe?“ In dieser Spalte sind mehrfach Fischereigerechtigkeiten eingetragen. Veräußerte der Eigentümer das Grundstück ohne die Gerechtigkeit oder diese ohne das Grundstück, so wurde die Gerechtigkeit ausgebucht und in ein anderes Hypothekenbuch eingetragen.

Außer den Büchern für Grundstücke führte man nämlich ein Sammelbuch, welches 1723 begonnen ist und die Bezeichnung trägt: „Hypothekenbuch, worinnen die bestellte Hypotheken und contrahierte Schulden derjenigen eingetragen werden, die keine Immobilien besitzen, sondern nur Mobilien, iura und actiones zur Hypothek verschrieben haben“. (Aufbewahrt im Königlichen Geheimen Staatsarchiv, Prov. Brdb. Rep. 5 A, Stadtgericht Berlin, Tit. I Sect. 1 Nr. 10.)

In dieses Buch wurden aufgenommen Generalhypotheken, die also trotz der Vorschriften der Hypothekenordnung noch ausbedungen wurden, sowie Verkäufe, Verpfändungen und Versteigerungen von Gerechtigkeiten.

Unter diesen Gerechtigkeiten finden sich Apotheken-, Barbier-, Zeitungs- und Kramgerechtigkeiten, sowie endlich auch Fischerstellen und Fischereigerechtigkeiten. Unter einer Fischerstelle verstand man das Recht, auf dem Fischmarkt eine Verkaufsstelle zu haben. Die Gerechtigkeiten wurden nicht etwa sämtlich verzeichnet und nach Art von Realfolien gebucht, vielmehr wurden sie erst dann eingetragen, wenn sie verkauft, verpfändet oder versteigert worden waren, und eine Partei die Eintragung in das Hypothekenbuch wünschte.

Im ganzen sind in dem Buch nur 5 Fischereirechte verzeichnet. Zwei von den Eintragungen seien hier wiedergegeben:

Auf S. 90: „Ist allhier registriert, daß Friedrich Busse, . . . so mit seinem Grundstück allhier zur Zeit angesessen ist, von dem Fischermeister Friedrich Ellinger eine Fischerei in der Unterspree . . . vermöge gerichtlichen Kaufbriefes vom 27. September 1743 erkaufte und sofort bar bezahlt hat.“ (Eintragung erst am 13. November 1751!)

Auf S. 96: „Ist die ehemalige Trottesche, nachherige Schlunckesche und Strietzesche Fischereigerechtigkeit auf dem Cöllnischen Fischmarkt, welche sonst bei den Häusern dieser benannten Eigentümer, so im Hypothekenbuch von Berlin vol. 4 Nr. 983 und von Cölln vol. 1 Nr. 411 zu finden, registriert ge-

wesen, allhier eingetragen worden, nachdem solche an andere als die Besitzer dieser Häuser verkauft ist“.

s. ferner Bl. 115, 148, 185 des Buches.

5) Am 12. Februar 1771 erging ein königliches Reskript an das Stadtgericht in Berlin, dessen Wortlaut sich nicht feststellen ließ, dessen Inhalt aber aus dem Bericht hervorgeht, den das Stadtgericht darauf im Juni 1771 erstattete, und der im N.C.C. 5. Bd. 1. Teil in Nr. 44 veröffentlicht ist. Das Reskript ordnete an, „daß ihr das Hypothekenbuch über die tabernas und privilegia sowohl als auch wenn jemand, der keine Immobilia oder Stücke dieser Art hat, auf sein sämtliches Vermögen an Mobilien, Actionen und Nominibus gerichtlich eine hypothecam publicam bestellen will, nicht ferner fortführen solltet“.

Das Stadtgericht „stellte“ darauf in seinem Bericht „anheim, ob Höchst Dieselben, wann gleich die Bestellung gerichtlicher Spezialhypotheken auf privilegia in genere, tabernas, Warenlager und Mobilien oder gerichtlicher Generalhypotheken auf ganze Mobiliarvermögens untersaget bleiben soll, dennoch zur Aufrechterhaltung des Credits unter der Bürgerschaft huldvollst zu placidieren geruhen mögen, ein dergleichen Hypotheken- oder gerichtliches Consensbuch wegen besonderer privilegiorum civicorum, als 1) Barbier- und Badergerechtigkeiten, 2) Buchdruckereien, 3) Apotheken, 4) Fischerstellen und -Gerechtigkeiten, in der Masse beizubehalten, daß Dokumente gerichtlich deponiert werden“. Zur Begründung trägt das Stadtgericht vor: Es gebe seit undenklichen Jahren eine festbestimmte Anzahl solcher Gerechtigkeiten, die nicht an bestimmten Häusern hafteten, und deren Ausdehnung genau feststehe, so daß sie insofern den „würcklichen Immobilien“ gleichständen, und auch wie diese „alieniert“ würden. Diese Rechte seien stets wie Grundstücke „tax- und subhastieret“ worden. Entziehe man den Berechtigten die Möglichkeit, Hypotheken an solchen Rechten zu bestellen, so schälere dies den Kredit. Denn wenn diese Rechte auch schließlich durch Uebergabe des Privilegienbriefs verpfändet werden könnten, so sei doch ohne die Eintragung in das Hypothekenbuch eine mehrfache Belastung ausgeschlossen.

Der König ging auf diese Anregung ein. Das Reskript vom 24. Juni 1771 ordnete an, daß für jene Rechte besondere Hypothekenbücher hergestellt würden, deren Einrichtung ebenso wie bei den Hypothekenbüchern für Grundstücke gestaltet sein solle. Zur Verhütung von Betrügereien wurde weiter verordnet, daß die

„Documente“ über solche Privilegien im Falle einer Verpfändung bei Gericht niederzulegen seien.

Nunmehr wurden für jene Gerechtigkeiten besondere Hypothekenbücher angelegt, und zwar auch eines über die Fischerstellen und Fischereigerechtigkeiten. Dieses Buch wird noch jetzt beim Amtsgericht Berlin-Mitte geführt.

III. Es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß die Vorschriften in § 395 I 20 A.L.R. und § 14 der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 sich auf diese Rechte bezogen, für die die selbständige Eintragung bereits seit 1723 bestand. Zu ihnen zählen nach alledem auch die Fischereigerechtigkeiten, freilich nur solche, die nicht mit dem Eigentum an bestimmten Grundstücken verbunden und die außerdem frei veräußerlich und verpfändbar sind. Sowohl das Reskript vom 24. Juni 1771 wie auch die Hypothekenordnung heben diese weiteren Erfordernisse scharf hervor. Fischereirechte, die nur zu des Tisches Notdurft verliehen sind, sind unübertragbar und können daher nicht zu den selbständigen Gerechtigkeiten gerechnet werden.

Die selbständigen Gerechtigkeiten unterstanden nach A.L.R. ganz allgemein den Vorschriften über unbewegliche Sachen. Freilich mit einer Einschränkung: Ihre Belastung wurde nach Grundstücksrecht nur dann beurteilt, wenn sie bereits im Hypothekenbuch ein Blatt erhalten hatten — §§ 390, 391 I 20, 4 I 21. Im übrigen aber wurden sie als unbewegliche Sachen behandelt, gleichgültig, ob sie eingetragen waren oder nicht. Auch in der Versteigerung standen sie ohne weiteres den unbeweglichen Sachen gleich — Teil I Titel 52 §§ 1, 3 der Allgemeinen Gerichtsordnung. Das Kammergericht hat in der Entscheidung Bd. 34 A. S. 218 ff. die Fischereigerechtigkeiten unter den soeben angeführten Voraussetzungen als selbständige Gerechtigkeiten anerkannt.

§ 12.

Fortsetzung. Einzelheiten.

I. Die preußische Gesetzgebung der Folgezeit hat die Rechtsverhältnisse der selbständigen Gerechtigkeiten nur in wenigen Punkten verändert.

1. Soweit die Zwangsvollstreckung in Frage kam, wurden sie auch weiter als Grundstücke behandelt — vgl. Verordnung vom 4. März 1834, G.S.S. 39, § 1; Subhastationsordnung vom 15. März 1869, G.S.S. 421, § 1; Z.P.O. vom 30. Januar 1877 § 755 Abs. 2

und Gesetz vom 4. März 1879 § 1; Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883 § 1.

2) Die preußische Grundbuchgesetzgebung vom 5. Mai 1872 hatte auch über die weitere Behandlung der selbständigen Gerechtigkeiten zu entscheiden. Man trug zunächst Bedenken, ob man ihnen noch weiter die grundstücksgleiche Behandlung zuteil werden lassen sollte, ließ diese Bedenken aber später fallen. Nach § 3 der preußischen G.B.O. galten deren Vorschriften auch für Bergwerke und Gerechtigkeiten, soweit nicht ein anderes bestimmt war. § 69 des Eigentumserwerbsgesetzes ordnete an: „Wenn für selbständige Gerechtigkeiten Grundbuchblätter angelegt sind, wird die Veräußerung und der Erwerb des Eigentums an ihnen, ihre Belastung und Verpfändung nach den Vorschriften dieses Gesetzes beurteilt.“

Im Anschluß an die Erörterung des § 69 im Herrenhause war mehrfach behauptet worden, daß künftig neue Grundbuchblätter für selbständige Gerechtigkeiten nicht mehr angelegt werden könnten. Man berief sich darauf, daß § 69 nur von Gerechtigkeiten spreche, die ein Grundbuchblatt erhalten h a b e n. Mit Recht hat man jedoch darauf hingewiesen, daß diese Auslegung des Wortlauts in keiner Weise zwingend ist, daß ferner das E i g e n t u m s - e r w e r b s g e s e t z überhaupt nicht darüber entscheidet, welche Gegenstände eintragungsfähig sind, sondern daß sich dies aus der Grundbuchordnung ergibt. Indem diese in § 3 die selbständigen Gerechtigkeiten schlechthin den Grundstücken gleichstellte, erklärte sie auch die §§ 132 ff. Pr.G.B.O. über die Anlegung neuer Grundbuchblätter für anwendbar.

[ebenso: Mathis S. 92; Turnau Pr.G.B.O. zu § 3 Ziff. III; Achilles Pr.G.B.O. zu § 69 E.E.G. S. 286; Johow K.G. 34 A S. 218 ff.; anders: Förster Preußisches Grundbuchrecht S. 34; Johow Appellationsgerichte Bd. 7 S. 103.]

In einem wesentlichen Punkt brachten freilich die beiden Gesetze vom 5. Mai 1872 auch für die selbständigen Gerechtigkeiten eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes. Während früher die grundstücksgleiche Behandlung nur bei der Belastung die Eintragung im Grundbuch voraussetzte, galt dies jetzt auch für die Veräußerung. Im übrigen wurden sie als unbewegliche Sachen behandelt, auch ohne daß es ihrer Eintragung bedurft hätte.

II. Das neue Recht hat hier tief einschneidende Aenderungen getroffen:

1) Nach § 82 R.G.B.O. gelten die Vorbehalte des E.G. z. B.G.B. für die Landesgesetze auch auf dem Gebiet des Grundbuchrechts. Das preußische A.G. z. G.B.O. bestimmt in Art. 27 Abs. 2, daß selbständige Gerechtigkeiten Grundbuchblätter auf Antrag der Berechtigten erhalten. Im übrigen sind die Vorschriften der R.G.B.O. entsprechend anzuwenden.

2) Art. 40 A.G. z. B.G.B. ordnet an: „Für Gerechtigkeiten, die nach den bisherigen Gesetzen in Ansehung der Eintragung in die gerichtlichen Bücher und der Verpfändung den Grundstücken gleichstehen (selbständige Gerechtigkeiten), gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des B.G.B., wenn die Gerechtigkeit ein Grundbuchblatt erhalten hat.“ (Abs. 1.) „Unter der gleichen Voraussetzung finden die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum an Grundstücken geltenden Vorschriften auf eine solche Gerechtigkeit Anwendung.“ (Abs. 2.) Gegenüber dem früheren Rechtszustand sind hiermit erhebliche Aenderungen eingeführt worden:

a) Erstens ist nach dem Artikel 40 Abs. 1 die Eintragung ins Grundbuch unumgängliche Voraussetzung dafür, daß die selbständigen Gerechtigkeiten überhaupt in irgend einer Richtung den Grundstücken gleichgestellt werden.

b) Aber auch wenn die Gerechtigkeit eingetragen ist, wird sie keineswegs, wie es nach Art. 40 Abs. 1 scheinen könnte, in vollem Umfange den Grundstücken und damit den körperlichen Sachen gleichgestellt.

Dies ergibt sich aus einem Vergleich zwischen den beiden ersten Absätzen des Art. 40. Wenn nach Absatz 1 für die eingetragenen Gerechtigkeiten die Vorschriften des B.G.B. über Grundstücke schlechthin „gelten“, dagegen nach Absatz 2 die Vorschriften über den Eigentumserwerb an Grundstücken und über die Ansprüche aus dem Grundeigentum nur „entsprechende Anwendung finden“ sollen, so folgt daraus, daß der erste Absatz die Vorschriften über den Eigentumserwerb an Grundstücken und über die Ansprüche aus dem Grundeigentum nicht umfassen sollte. Man ging offenbar davon aus, daß das B.G.B. ein Eigentum nur an Sachen, nicht aber an Rechten kenne, und daher ohne die ausdrückliche Vorschrift des Absatz 2 die §§ 925 ff. und 985 ff. B.G.B. nicht hätten angewendet werden können.

Daraus folgt weiter, daß die eingetragenen Rechte durch Art. 40 Abs. 1 nicht den körperlichen Sachen schlechthin gleich-

gestellt werden sollten. Vielmehr sind die Vorschriften des B.G.B. über Grundstücke, abgesehen von der Ausnahme des Art. 40 Abs. 2, nur insoweit anwendbar, als sie nicht körperliche Sachen voraussetzen. Dies gilt grundsätzlich von allen Vorschriften des B.G.B., die von Eigentum und Besitz an Grundstücken sprechen. Denn das B.G.B. kennt einen Besitz an Rechten nur in dem Ausnahmefalle der §§ 1029, 1090 Abs. 2. Die wichtigste Folgerung hieraus ist, daß Art. 40 Abs. 1 den selbständigen Gerechtigkeiten keinen Besitzschutz verschafft. Ob ein solcher Schutz aus anderen Vorschriften gerechtfertigt werden kann, wird in § 17 erörtert werden.

[Ebenso Stranz-Gerhardt II 1 c zu Art. 40, anders aber Crusen-Müller II B 3 a und b, der den Besitzschutz gewähren will, s. auch Enneccerus-Wolff § 24 VI.]

Freilich bedarf der hier soeben aufgestellte Grundsatz noch einer Einschränkung, die allerdings aus dem Art. 40 nicht unmittelbar zu entnehmen ist. Auch soweit die Regeln des B.G.B. über Grundstücke körperliche Sachen voraussetzen, soweit sie also insbesondere von Eigentum an Grundstücken sprechen, sind sie auf die eingetragenen Gerechtigkeiten doch insoweit anzuwenden, als sie den Grundstücksverkehr durch Formvorschriften oder andere Erfordernisse erschweren. Das ist allerdings in Art. 40 nicht ausdrücklich gesagt und nur in einem Fall unmittelbar zu beweisen: § 1821 Abs. 2 B.G.B. fordert die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn ein Vormund sich verpflichten will, das Eigentum an einem Grundstück des Mündels zu übertragen oder ein Recht an einem solchen Grundstück zu begründen oder zu übertragen. Wollte man diese Vorschrift nicht anwenden, soweit sie das Eigentum an dem Grundstück betrifft, so würde sich die unmögliche Folge ergeben, daß zwar die Belastung einer eingetragenen Gerechtigkeit, nicht aber ihre Uebertragung der Genehmigung bedürfte. Aber über diesen Einzelfall hinaus muß folgende Erwägung durchgreifen: Wenn man jenen Rechten den Vorteil des Bodenkredits sicherte, so wollte man sie andererseits zweifellos auch den verstärkten Anforderungen unterwerfen, die für den Grundstücksverkehr gelten. Man wird dies um so mehr annehmen müssen, als auch das ältere Recht jene erschwerenden Vorschriften unmittelbar anwendete. Danach gilt für die eingetragenen Gerechtigkeiten vor allem auch die Vorschrift des § 313 B.G.B., der die gerichtliche oder notarielle Beurkundung für alle Verträge fordert, durch die sich jemand zur Uebereignung eines

Grundstückes verpflichtet. Ueber die Anwendung anderer Vorschriften wird in Kapitel IV noch im einzelnen zu handeln sein.

Bemerkt sei übrigens, daß die hier vorgetragene enge Auslegung des Art. 40 A.G. z. B.G.B. auch durch die Materialien zum B.G.B. bestätigt wird. Der erste Entwurf des B.G.B. bestimmte in § 781: „Unbewegliche Sachen sind die Grundstücke. Auf Berechtigungen, welche ein Blatt im Grundbuch erhalten können, finden die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften Anwendung.“ Die Motive Bd. III S. 121 betonen, daß § 781 Abs. 2 den selbständigen Gerechtigkeiten nicht den Besitzschutz körperlicher Sachen verleihe, da Gegenstand der Inhabung nur *Sachen*, nicht aber Rechte seien.

3) Nach §§ 864, 870 Abs. 1 Z.P.O. unterliegen die Berechtigungen, für welche die Vorschriften über Grundstücke gelten, der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen. § 2 Abs. 1 E.G. z. Zw.V.G. gestattet allerdings den Landesgesetzen, auch die Zwangsvollstreckung auf den vorbehaltenen Rechtsgebieten abweichend vom Reichsrecht zu regeln, doch hat Preußen hiervon für die Fischereigerechtigkeit keinen Gebrauch gemacht. Soweit eine solche also im Grundbuch eingetragen ist — denn nur in diesem Falle wird sie als Grundstück behandelt —, regelt sich die Zwangsvollstreckung nach den §§ 864 ff. Z.P.O. und dem Zwangsversteigerungsgesetz.

4) An dieser Stelle ist auch das Gesetz vom 2. September 1911 über den Erwerb von Fischereirechten durch den Staat, G.S.S. 189, zu erörtern: Es betrifft lediglich Fischereirechte in Gewässern, die durch Bauausführungen der staatlichen Wasserbauverwaltung betroffen werden. Der Staat kann diese Rechte durch Einigung mit dem Berechtigten und Eintragung im Grundbuch erwerben, und zwar als selbständige Gerechtigkeiten. Die Einigung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form oder der Beurkundung gemäß Artikel 12 §§ 2, 4 A.G. z. B.G.B. Die Eintragung vollzieht sich in der Weise, daß für das Recht ein eigenes Grundbuchblatt angelegt wird. Hatte das Recht bereits ein solches Blatt, so wird dieses weitergeführt und der Uebergang auf den Staat eingetragen. Auch Fischereirechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden waren, können auf Grund des Gesetzes vom 2. September 1911 auf den Staat übertragen werden und alsdann die Eigenschaft einer selbständigen Gerechtigkeit erlangen. Für die vom Staat erworbenen Rechte gilt Artikel 40 Abs. 1 und 2 A.G. z. B.G.B.

Ueber weitere Einzelheiten, insbesondere über die Zuständigkeit der Grundbuchämter, s. die §§ 3, 4—8, 16 des Gesetzes.

III. Nach alledem gelten jetzt für die Fischereirechte am öffentlichen Fluß folgende Rechtssätze: In erster Linie die Sonderregeln des A.L.R. für Fischereirechte, sodann die Vorschriften über Regalien, ferner in dem Fall, daß sie auf Privilegien beruhen, die Regeln über diese, und wenn sie ein selbständiges Grundbuchblatt erhalten haben, in gewissem Umfang die Regeln über Grundstücke. Soweit diese Vorschriften nicht ausreichen, kommen die Rechtsnormen über Dienstbarkeiten und dingliche Rechte, endlich die allgemeinen Rechtsnormen in Betracht.

Bevor die Einzelheiten des Fischereirechts dargestellt werden, sind noch die §§ 6, 7 des Fischereigesetzes von 1874 zu erörtern, welche die freie Fischerei und die Gemeindefischerei abgeschafft haben.

§ 13.

Die Aufhebung der Gemeindefischerei und der freien Fischerei.

I. Die Könige und Landesherren verliehen vielfach Fischereien an Gemeinden in der Art, daß die Ausübung der Fischerei sämtlichen Einwohnern oder Mitgliedern einer Gemeinde zustehen sollte. Besonders geschah dies bei Gründung neuer Kolonien.

[vgl. als Beispiel das Privilegium Herzog Heinrichs für Brieg von 1250: „ . . . aquae cursus infra atque supra ad spatium Miliaris ad piscandum liber est omnibus ibi manentibus.“ (Diplomatische Beiträge zur schlesischen Rechtsgeschichte Teil I S. 17.)]

Diese Rechte führten vielfach zu einer unsachgemäßen Ausübung der Fischerei und drohten den Fischbestand in den betroffenen Gewässern zu vernichten. § 6 des Fischereigesetzes hat daher bestimmt: „Fischereiberechtigungen, welche, ohne mit einem bestimmten Grundbesitz verbunden zu sein, bisher von allen Einwohnern oder Mitgliedern einer Gemeinde ausgeübt werden konnten, sollen künftig in dem bisherigen Umfang der politischen Gemeinde zustehen.“

Diese Vorschrift bedarf nach mehrfacher Richtung der Erläuterung:

1) Das Fischereirecht muß nach § 6 erstens von allen Einwohnern oder Mitgliedern der Gemeinde ausgeübt werden können. Die örtliche oder politische Zugehörigkeit zur Gemeinde muß also entscheidend für das Recht zur Ausübung sein. Bei der Fassung

des § 6 ging man davon aus, daß Rechte dieser Art schon an sich der Gemeinde zuständen, und nur ihre *Ausübung* den einzelnen Einwohnern und Mitgliedern freigestanden habe.

Diese Auffassung trifft zu. Wie Gierke in seinem Genossenschaftsrecht Bd. 2 S. 683, 684 ausführt, können zum städtischen Vermögen auch die Rechte zählen, die den gleichmäßigen Sonderbedürfnissen der Mitglieder dienen — sogenanntes Gemeindegliedervermögen. Nur ist erforderlich, daß für die Ausübung des Rechtes lediglich die Zugehörigkeit zur Gemeinde entscheidet, und daß das Recht des einzelnen in keinem Punkte die Züge eines selbständigen Individualrechts aufweist. Gierke stellt folgende Erfordernisse für derartige Rechte auf: Sie dürfen erstens nicht Zubehör von Grundstücken sein, denn in diesem Fall entscheidet eben nicht mehr die bloße Zugehörigkeit zur Stadt. Das Recht muß ferner jedem Bürger und jedem gleichmäßig zustehen. Weiter darf kein Bürger gegenüber der Stadt ein Recht auf eine bestimmte Art oder einen bestimmten Umfang der Ausübung haben. Endlich muß das Recht für jeden Bürger ohne Rücksicht auf die besondere Art seines Betriebes von Nutzen sein.

Treffen diese Voraussetzungen zu, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß das Recht zum Gemeindegliedervermögen gehört. Wird es der politischen Gemeinde als solcher überwiesen, so braucht sie ihre Mitglieder nicht zu entschädigen, wie dies in der Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 § 69 noch besonders bestimmt ist. Dies gilt auch für die gemäß § 6 des Fischereigesetzes aufgehobenen Fischereirechte — s. O.V.G. Bd. 14 S. 189 ff.

Fehlt eines der von Gierke genannten Erfordernisse, so ist § 6 nicht anwendbar, da es sich dann nicht um Rechte der Gemeinde, die von den Mitgliedern oder Einwohnern nur „ausgeübt“ werden, handelt, sondern um selbständige Individualrechte.

2) Eines dieser Erfordernisse ist in § 6 noch ausdrücklich ausgesprochen worden, daß nämlich das Fischereirecht nicht mit einem bestimmten Grundbesitz verknüpft sein darf. Steht das Fischereirecht nur den Grundeigentümern einer Gemeinde zu, so kann also auf deren Recht § 6 nicht angewendet werden.

Man könnte meinen, daß die ausdrückliche Erwähnung dieses Erfordernisses in § 6 überflüssig gewesen sei, da ein Recht, das lediglich den Grundeigentümern zustehe, niemals von *sämtlichen Einwohnern oder Mitgliedern* der Gemeinde ausgeübt werden könne. Jedoch bleibt der Fall denkbar, daß in

kleinen Gemeinden andere als grundbesitzende Einwohner oder Mitglieder gar nicht vorhanden sind. In diesem Fall steht das Fischereirecht zwar allen Einwohnern oder Mitgliedern zu, trotzdem findet § 6 nicht ohne weiteres Anwendung. Stellt sich vielmehr heraus, daß lediglich der Grundbesitz, nicht aber die bloße örtliche oder politische Zugehörigkeit für das Recht zur Fischerei entscheidet, so gilt § 6 für diese Berechtigungen nicht.

3) Ist unter der älteren Gemeindeverfassung, die das Bürgerrecht vom Grundbesitz abhängig machte, ein Fischereirecht an alle Bürger oder alle Mitglieder einer Gemeinde verliehen worden, so wird es freilich im Einzelfall oft fraglich sein, ob das Recht auf die grundbesitzenden Bürger, die ja damals allein Bürger waren, eingeschränkt bleiben sollte, oder ob bei einem Wechsel der politischen Verfassung auch andere Personen, die ohne Grundbesitz das Bürgerrecht erwarben, des Fischereirechtes teilhaftig werden sollten. Das Obertribunal hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß mangels anderer Anhaltspunkte einer Verleihung an alle Bürger nur die Wirkung gegeben werden könne, die sie zur Zeit der Verleihung besessen habe, so daß also die grundbesitzenden Bürger allein berechtigt blieben. Das Reichsgericht hat sich, m. E. mit Recht, auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt, und zwar deshalb, weil unter dem Ausdruck Bürger regelmäßig die Bürgerschaft im politischen Sinne zu verstehen sei, und daher mit einem Wechsel der politischen Verfassung auch alle die berechtigt werden müßten, die neu in die Bürgerschaft einträten. Das Reichsgericht macht geltend, daß sonst ein Bürgerklassenvermögen geschaffen werde, während bei der Begründung des Rechts davon ausgegangen worden sei, daß das Recht allen politisch berechtigten Bürgern zustehen sollte.

[vgl. E.R.G. Bd. 50 S. 401 ff.; s. aber Gruchot Bd. 21 S. 927; Obertribunal Bd. 81 S. 95; K.G. Bd. 10, S. 245.]

4) Fraglich kann sein, ob § 6 auch die Rechte betrifft, die den einzelnen zu des Tisches Notdurft zustehen. Havenstein macht geltend, solche Rechte seien vererbliche Individualrechte, s. Anm. 2 zu § 6. Soweit es sich hier um vererbliche Rechte handelt, die also von der Gemeindezugehörigkeit unabhängig sind, trifft dies sicher zu. Wenn aber die Fischerei für den Hausbedarf allen Einwohnern oder Mitgliedern einer Gemeinde in der Weise zusteht, daß sie mit dem Verlust der Gemeindezugehörigkeit ebenfalls verloren geht, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch dieses Recht

als Gemeindegliedervermögen sollte aufgefaßt werden können. Die Voraussetzungen, die Gierke für die Behandlung dieser Rechte als Gemeindegliedervermögen aufgestellt hat — s. oben S. 112 —, treffen auch hier sämtlich zu. Die Rechte sind nicht an den Grundbesitz gebunden, sie stehen allen Bürgern und zwar allen gleichmäßig zu, sie verleihen den Berechtigten auch kein Recht gegen die Stadt auf eine bestimmte Art oder einen bestimmten Umfang des Fischfanges und gewähren endlich auch den Bürgern ohne Rücksicht auf die Art ihres Betriebes gleichen Nutzen. Daß sie ihrem Umfang nach eingeschränkt sind, macht sie nicht zu selbständigen Individualrechten.

Das Obertribunal hat gegen die Anwendung des § 6 angeführt, derartige begrenzte Rechte könnten nicht die Verwüstung des Fischwassers zur Folge haben. Dies trifft nicht zu. Die Ausübung durch viele nicht beruflich geschulte Berechtigte auf kleinem Stromgebiet kann der Fischerei sehr schädlich sein. Wenn das Obertribunal endlich geltend macht, die Gemeinden könnten das ihnen übertragene Fischereirecht gemäß § 8 des Fischereigesetzes nur durch angestellte Fischer oder durch Verpachtung nutzen, die §§ 75, 76 II 15 und 28 I 19 A.L.R. ließen aber die Verpachtung der auf den Hausbedarf eingeschränkten Rechte nicht zu, so greift auch dieser Grund nicht durch. Vielmehr sind die Regeln des A.L.R., welche die Verpachtung der Notdurftrechte verboten, durch den § 8 des Fischereigesetzes insoweit aufgehoben, als § 6 jene Rechte den politischen Gemeinden zuweist.

[vgl. anders Str. A. Bd. 96, S. 86.]

II. Noch gefährlicher als die gemeinsame Fischerei aller Mitglieder einer Gemeinde erschien die vollkommen freie Fischerei, wie sie auch unter dem A.L.R. noch in einzelnen Provinzen erhalten geblieben war — s. § 3 der Arbeit. Dies beseitigte § 7 Satz 1 des Fischereigesetzes: „Das Recht zur Ausübung der Binnenfischerei in solchen Gewässern, welche bisher dem freien Fischfang unterlagen, soll den politischen Gemeinden in den innerhalb ihrer Gemarkung belegenen Gewässern zustehen.“

In Grenzgewässern sind Nachbargemeinden insoweit gleichberechtigt, als die Grenzen der Gemarkung nicht genau bestimmt sind — § 7 Abs. 2.

§ 7 betrifft nach seinem Wortlaut nur Gewässer, die bisher dem freien Fischfang unterlagen. Wo nur das Angeln oder das Krabbenfangen mit der Hand allen freistand, die Fischerei aber im

übrigen Regal war, findet demnach § 7 keine Anwendung. Diese Fangarten bleiben dann auch weiterhin frei, s. Havenstein zu § 7, K.G. 5 S. 320.

Die Fischereirechte, die den Gemeinden durch § 7 des Fischereigesetzes zugewiesen sind, stellen sich ebenso wie die Fischereirechte einzelner als Privatrechte dar; es fehlt jeder Grund, sie ins öffentliche Recht zu verweisen — vgl. hierzu E.R.G. Bd. 49 S. 241 ff. und die Ausführungen in § 9 der Dissertation, die auch hier zu treffen. Daß sie durch ein Gesetz geschaffen sind, steht dem ebensowenig entgegen wie bei anderen Fischereirechten der Erwerb durch Privileg. Ebensowenig kommt in Betracht, daß die Gewässer, in denen § 7 die Fischerei einer Gemeinde zugesprochen hat, ohne Entschädigung zu Laichschonrevieren erklärt werden können. Hierin ist lediglich eine gesetzliche Einschränkung des privaten Fischereirechts der Gemeinde zu erblicken.

III. Die Gemeinden dürfen ihre Fischerei nur durch besonders angestellte Fischer oder durch Verpachtung nutzen. Das Freigeben der Fischerei ist ihnen verboten — s. § 8 des Fischereigesetzes, der in einzelnen noch weitere Beschränkungen anordnet.

Kapitel IV. Das private Fischereirecht am öffentlichen Strom.

Einzelheiten.

§ 14.

Die Begründung der Fischereigerechtigkeit.

A. Bis zum 1. Januar 1900.

I. Die Begründung des privaten Fischereirechts war im gemeinen Recht nicht besonders geregelt, vielmehr galten die allgemeinen Sätze über den Erwerb von Regalrechten. Danach gab es nur zwei Arten der Begründung, *concessio* und *praescriptio*.

[s. v. Einsiedel, de regalibus, cap. IV; Sixtinus, Buch I, caput 5, nr. 1 ff.; Leyser, meditationes Bd. X S. 276.]

1) Die *concessio* konnte in zwei Formen erteilt werden, nämlich als *concessio feudi* und als *privilegium*.

Lehnfischereien hat es in Deutschland in großer Zahl gegeben. [s. v. Khraysser a. a. O., der von den Lehns- oder gemeinen Fischern in Bayern berichtet; Münchmeyer, im Mag. f. d. D. R. der Gegenwart a. a. O. S. 29 für Hannover; v. Cancrin, 12. Abhandlung § 34.]

Noch häufiger finden sich Privilegien. Sie wurden von den Landesherren erteilt und galten, wie Privilegien überhaupt, ihrer Rechtsnatur nach als Gesetze.

Zur Ersitzung verlangte man regelmäßig den Ablauf unvor-denklicher Zeit. Manche vertraten allerdings die Meinung, daß die *praescriptio immemoralis* nur *contra summum principem* nötig sei, während zur Ersitzung gegen einen *subditus* der Ablauf von 40 Jahren genüge.

[s. hierzu: Thomasius, *Problema iuris* a. a. O.; v. Einsiedel, *de regalibus*, cap. IV Nr. 80.]

II. Das A.L.R. regelt den Erwerb des Fischereirechtes gleich-falls bei der allgemeinen Lehre von der Begründung der Regal-rechte. Ebenso wie nach gemeinem Recht sind die einzigen Er-werbsarten Verleihung und Ersitzung. Das ist allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen. Da aber das A.L.R. in den ent-scheidenden §§ 26 ff. II 14 andere Formen gar nicht erwähnt, wird man annehmen müssen, daß es hierin dem gemeinen Recht ge-folgt ist.

1) Die Verleihung konnte auch nach A.L.R. *concessio feudi* sein. Dies ist freilich nicht ausdrücklich erwähnt, doch spricht das Gesetz verschiedentlich von der Belehnung mit Gerechtsamen und Regalien, vgl. §§ 71, 86 I 18.

Die Belehnung kommt gegenwärtig als Erwerbsform für Rega-lien nicht mehr in Betracht. Art. 2 des Gesetzes vom 5. Juni 1852, betr. die Abänderung der Art. 40 und 41 der Pr.V.U., bestimmt: „Die Errichtung von Lehen ist untersagt. Der in Bezug auf die vorhandenen Lehen noch bestehende Lehnsverband soll durch ge-setzliche Anordnung aufgehoben werden.“ Die Aufhebung der be-stehenden Lehen ist durch eine Reihe von Gesetzen für jede Pro-vinz besonders geregelt.

2) Die zweite Art der Verleihung war das *Privilegium*. Pri-villegien waren nach A.L.R. wie nach gemeinem Recht Gesetze. Dies ergibt sich aus der Einleitung zum A.L.R., welche die Pri-villegien stets in einer Reihe mit den Gesetzen behandelt, s. besonders die §§ 46 ff., 59 ff. Man wird entsprechend den Vorschriften des gemeinen Rechts annehmen müssen, daß ein solches königliches Privileg zur Verleihung eines Regals nötig war, sofern nicht die Form der Belehnung gewählt wurde.

Hier brachte indessen die Verwaltungsreform der Jahre 1808 bis 1817 eine Aenderung. Eine Instruktion vom 26. Dezember 1808

(G.S.S. 481) wies in § 63 die Verwaltung der Regalien den Regierungen zur selbständigen Bearbeitung zu. Höhere, d. h. königliche Genehmigung hatten sie einzuholen bei endgültigen Bestimmungen über die Substanz von Domänengrundstücken, Pertinenzien und Gerechtsamen. Noch deutlicher bestimmte die Instruktion vom 23. Oktober 1817, § 21 Nr. 1, daß höhere Genehmigung nötig sei, „sobald es auf eine Endbestimmung über die Substanz von Regalien ankommt.“

An diesen Grundsätzen ist später nichts geändert worden. Die Verleihung der Fischereigerechtigkeiten geschieht danach durch die Regierungen mit königlicher Genehmigung. Zweifelhaft kann sein, in welcher Form die Verleihung vor sich geht. Hierbei muß davon ausgegangen werden, daß ehemals ein Gesetz nötig war, man wird also als Mindestmaß die Aushändigung einer Verleihungsurkunde fordern müssen.

Da die Verleihung der Regalrechte gegenwärtig ein reiner Verwaltungsakt, nicht aber ein Akt der Gesetzgebung ist, so braucht auch nicht geprüft zu werden, ob die Verleihung die Zustimmung des Landtages gemäß Art. 62 Pr.V.U. voraussetzt.

[s. Förster-Eccius, Pr. Pr. Bd. I S. 76, der die Vergebung der Regalien ebenfalls als reinen Verwaltungsakt ansieht.]

Nach §§ 77, 16, 17 II 14 A.L.R. können Regalien, die der Staat bereits selbst genutzt hat, nur gegen Schadloshaltung an einen Privatbesitzer gelangen. Die Einnahme, die der Staat aus der Regalienverleihung erzielt, ist gemäß Art. 99 Pr.V.U. auf den Etat zu bringen. Der Landtag kann jedoch eine derartige Einnahme, wenn die Regierung auf der Veräußerung des Regals besteht, nicht verbieten. Streicht er die Einnahme, so bleibt die Verleihung des Regals dennoch gültig.

[Das Budgetrecht der Pr.V.U. ist sehr bestritten. Die hier vertretene Auffassung s. bei Laband a. a. O. S. 27.]

3) Die zweite Art des Regalienerwerbs ist nach A.L.R. die Ersitzung. Nach § 35 II 14 gilt von der Verjährung der Regalien alles, was von der Verjährung gegen den Fiskus überhaupt gesagt ist. Gemäß § 629 I 9 erfordert sie 44 jährigen Besitz. Das A.L.R. hat diese „ungewöhnliche Verjährung“ an die Stelle der *praescriptio immemorialis* des gemeinen Rechts gesetzt.

Auch hier kann wie im gemeinen Recht die Frage aufgeworfen werden, ob die 44 jährige Frist auch gegen den privaten Fischereiberechtigten erforderlich ist. Die Frage ist zu bejahen. Die Er-

sitzung eines Fischereirechtes am öffentlichen Strom stellt sich als Begründung eines dinglichen Rechts am Stromgrundstück, also stets als Verjährung gegen den Fiskus dar, es sei denn, daß ausnahmsweise der öffentliche Fluß nicht dem Staat gehört. In diesem Fall ist zu prüfen, ob dem Stromeigentümer das Verjährungsvorrecht des Fiskus zusteht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach der preußischen Rechtsprechung die Städte an sich nicht zu den Körperschaften gehören, die ein Ersitzungsvorrecht genießen, s. Obertribunal Bd. 18 S. 182.

Auf die Einzelheiten der preußischen Verjährungslehre kann hier nicht eingegangen werden. Nur folgende Punkte seien hervorgehoben: Erforderlich ist einmalige jährliche Ausübung des Rechts. Der Nachweis des Besitzes für den Anfang und das Ende der Verjährungszeit schafft eine Vermutung für den Besitz auch während der dazwischen liegenden Jahre. Ein Besitztitel ist nicht nötig, wohl aber guter Glaube. Die Eintragung des Rechts in das Grundbuch schützt gegen die Verjährung — § 511 I 9.

4) Verleihung oder Ersitzung waren nach preußischem Recht zur Begründung des Fischereirechts erforderlich. Andererseits waren sie auch die einzigen Erfordernisse. Mit der Uebergabe der Verleihungsurkunde oder dem Ablauf der Verjährungszeit entstand das Recht mit voller Wirkung. Insbesondere hatte es ohne weiteres dingliche Kraft, es bedurfte hierzu nicht etwa einer Eintragung ins Hypothekenbuch.

III. Die Grundbuchgesetzgebung des Jahres 1872 hat hieran nichts geändert.

Die Wirkung dinglicher Rechte gegen Dritte wurde damals allerdings allgemein davon abhängig gemacht, daß das Recht auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstückes eingetragen wurde.

Nun kannte aber weder das A.L.R. noch die preußische Grundbuchgesetzgebung von 1872 Grundbücher für die öffentlichen Ströme. Es fehlte jede Bestimmung darüber, nach welchen Grundsätzen die Stromabschnitte, die dann nicht auf Antrag eines Berechtigten, sondern von amtswegen hätten eingetragen werden müssen, im Grundbuch verzeichnet werden sollten.

[Die Kommentare zur Hp.O. von Förster und Koch erwähnen die Frage gar nicht. Für die preußische G.B.O. von 1872 s. Mathis zu § 2 Pr. G.B.O.; Achilles zu § 1 Pr. G.B.O. und S. 293; Turnau zu § 1 Pr.G.B.O., Ziffer 3; K.G. Bd. 11 S. 396 ff.]

Bis zum 1. Januar 1900 waren also Verleihung und 44jährige Ersitzung nach wie vor die einzigen Begründungsarten des Fischereirechtes am öffentlichen Strom.

B. Vom 1. Januar 1900 an:

I. Nach Art. 73 E.G. z. B.G.B. bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Regalien unberührt. Ferner hat das A.G. z. B.G.B. in Artikel 89 Abs. 1 Nr. 1 c die Vorschriften des A.L.R. über den Erwerb der Regalien aufrecht erhalten, es läßt außerdem im Umfang des vorbehaltenen Landesrechts die Vorschriften über die Verjährung in I 9 §§ 629 ff. bestehen — Art. 89 Abs. 1 Nr. 1 b. Demnach werden auch jetzt noch die Fischereirechte durch Verleihung und 44 jährige Ersitzung erworben.

Man könnte einwenden, das A.L.R. regle die Verjährung der Regalien nicht besonders, sondern es verweise auf die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung gegen den Fiskus, gemäß E.G. Art. 4 seien aber bei Verweisungen der Landesgesetze auf aufgehobene landesrechtliche Vorschriften die entsprechenden Regeln des Reichsrechts anzuwenden. Dies gilt aber nicht bei den sogenannten unechten Verweisungen des Landesrechts. Eine unechte Verweisung liegt vor, wenn die Vorschriften, auf welche verwiesen wird, nicht als allgemeine Regeln, sondern als eigenartiger Bestandteil des besonderen Rechtsgebietes gelten sollen, innerhalb dessen auf sie verwiesen wird. Dies trifft bei der Regalienverjährung zweifellos zu. Denn die unvordenkliche Ersitzung war ein alter gemeinrechtlicher Bestandteil der Regalienlehre. Soweit also § 35 II 14 die allgemeinen Verjährungsregeln heranzieht, sind diese durch Art. 73 E.G. z. B.G.B. ebenfalls aufrecht erhalten geblieben.

[s. ebenso Enneccerus-Wolff, § 81 Anm. 7 S. 224; ferner Stranz-Gerhardt, Einleitung S. 26; anders Havenstein, ohne Begründung.]

Verleihung und Ersitzung begründen auch heute noch das Fischereirecht mit voller Wirkung. Das Stromgrundstück kann zwar seit dem 1. Januar 1900 gemäß § 90 R.G.B.O., Art. 1 der Königlichen Verordnung über das Grundbuchwesen vom 13. November 1899 ein Grundbuchblatt erhalten, das Fischereirecht kann als dingliche Belastung in Spalte 2 des Grundbuchblattes verzeichnet werden. Aber für die Entstehung und dingliche Wirkung verliehener oder gemäß § 35 II 14 ersessener Fischereirechte ist diese Eintragung ohne jede Bedeutung.

[s. hierzu auch E.R.G. Bd. 55 S. 315, Bd. 56 S. 10, früher anders Bd. 48 S. 63 ff.]

II. Außer den beiden älteren Erwerbsarten hat Art. 40 A.G. z. B.G.B. für solche Fischereirechte, die ein selbständiges Blatt im Grundbuch erhalten haben, noch zwei andere Begründungsformen eingeführt, nämlich die Tabular- und Kontratabularersatzung gemäß §§ 900, 927 B.G.B.

Ist ein falscher Eigentümer ins Grundbuch eingetragen, und hat er das Grundstück 30 Jahre lang in Eigenbesitz gehabt, so erwirbt er nach § 900 B.G.B. das Eigentum. Nach § 927 B.G.B. kann der Eigentümer eines Grundstücks, wenn ein anderer es 30 Jahre in Eigenbesitz gehabt hat, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht ausgeschlossen werden. Nach Erlaß des Ausschlußurteils erwirbt der Antragsteller das Eigentum, wenn er sich als Eigentümer ins Grundbuch eintragen läßt.

Beide Vorschriften sind m. E. auch auf die Fischereiberechtigungen anzuwenden, die im Grundbuch ein eigenes Blatt erhalten haben. Sie setzen zwar Eigentum und Besitz an Rechten voraus, Art. 40 Abs. 1 würde also ihre Anwendung nicht rechtfertigen, wie in § 12 der Dissertation näher dargestellt ist. Da aber Art. 40 Abs. 2 ausdrücklich vorschreibt, daß die Vorschriften des B.G.B. über den Erwerb des Eigentums auf die eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten entsprechend anzuwenden sind, die §§ 900, 927 zu diesen Vorschriften aber zweifellos gehören, so muß angenommen werden, daß insoweit Eigentum und Besitz an jenen Gerechtsamen anerkannt sind.

[ebenso im Ergebnis Crusen-Müller, Anm. II B 3 a und b zu Art. 40, anders Stranz-Gerhardt, Anm. II 1 b und II 2 a zu Art. 40.]

Man kann auch nicht einwenden, daß dann die eingetragenen Fischereirechte infolge der kürzeren Ersatzungsfrist schlechter gestellt seien als die nicht eingetragenen. Die §§ 900, 927 dienen dem Zweck, das Grundbuch mit der tatsächlichen Lage der Verhältnisse in Einklang zu bringen. Dieser Zweck rechtfertigt es, daß die Ersatzung der eingetragenen Rechte einen kürzeren Zeitraum erfordert als die der nicht eingetragenen.

Gegenwärtig werden nach alledem Fischereirechte durch Verleihung, 44 jährige Ersatzung, und wenn für sie ein eigenes Grundbuchblatt eingerichtet ist, durch Tabular- oder Kontratabularersatzung gemäß §§ 900, 927 B.G.B. begründet.

Der Wassergesetzentwurf von 1911 betrifft die Entstehung von Fischereirechten nicht. In die Wasserbücher, deren Einrichtung der Entwurf vorschlägt, sollen nicht alle dinglichen Rechte am Wassergrundstück, sondern nur Staurechte und bestimmt bezeichnete ähnliche Rechte, bei denen lediglich das Wasser als solches benutzt wird, eingetragen werden, s. §§ 161, 40 des Entwurfes.

§ 15.

Der Inhalt des Fischereirechtes.

A. Bis 1900.

Ueber den Inhalt des Fischereirechtes am öffentlichen Fluß entscheiden eine große Anzahl besonderer und allgemeiner Rechtsregeln des A.L.R.

I. Die Fischereirechte sind dingliche Nutzungsrechte an fremdem Eigentum. Das entwickelte römische Recht stand derartigen Rechten feindlich gegenüber, es begrenzte sie nach Zahl und Umfang. Grunddienstbarkeiten ließ es nur insoweit zu, als sie dem berechtigten Grundstück unmittelbar nützten; dementsprechend durften persönliche Dienstbarkeiten das Bedürfnis des Berechtigten nicht überschreiten, auch waren sie unübertragbar und unvererblich.

Im Gegensatz hierzu ließ das deutsche Recht vererbliche und veräußerliche dingliche Nutzungsrechte von beliebiger Art und unbegrenztem Umfang zu.

[s. Gierke, D. Prr. § 120 Bd. 2 S. 366; § 143 S. 634; Hübner, § 49 S. 341.]

Das A.L.R. folgt der deutschen Auffassung. Es kennt keine geschlossene Zahl der dinglichen Rechte. Jedes Nutzungsrecht insbesondere kann durch Besitz oder Eintragung dinglich werden.

Die Fischereirechte wurden von jeher vielfach als vererbliche und veräußerliche Rechte mit dem Recht zum Fischhandel bald an die jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes, bald an Familien vergeben. Daß dies auch nach A.L.R. zulässig war, brauchte im Gesetz nicht besonders ausgesprochen zu werden, da das A.L.R. die Schranken des römischen Rechts nicht kannte. Ueberdies folgt es daraus, daß in den §§ 75 f. II 15 ausdrücklich von denjenigen Fischereirechten gesprochen wird, die nur zu des Tisches Notdurft verliehen worden sind.

II. Die Sonderbestimmungen des A.L.R. über das Fischereirecht enthalten mehrere Auslegungsregeln über seinen Inhalt. Ist jeman-

dem das Fischereirecht ohne Angabe bestimmter Grenzen vom Staat verliehen worden, so reicht es nur soweit, als der Berechtigte Grundbesitz am Ufer hat — § 74 II 15. Wem die Fischerei nur zum häuslichen Gebrauch verliehen ist, kann sie weder verpachten noch mit den gefangenen Fischen Handel treiben. Ist ein derartiges begrenztes Recht aber dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes überlassen worden, so kann das Recht zugleich mit dem Grundstück verpachtet werden — §§ 75, 76 II 15.

Die §§ 170 ff. I 9 treffen Einzelbestimmungen darüber, welche Tiere zur Jagd und welche zur Fischerei gehören. Fischottern, Biber und Wasservögel sind Gegenstand des Jagdrechts, ebenso Amphibien, wenn sie mit Schießgewehr, Fallen oder Schlageisen verfolgt werden. Alle anderen Wassertiere, besonders auch die Krebse, gehören zur Fischerei, ebenso die Amphibien, wenn sie mit Netzen, Angeln oder mit der Hand gefangen werden. Auch darf der Fischereiberechtigte jagdbare Zugvögel außerhalb der Hegezeit mit Netzen unter dem Wasser fangen.

An dieser Stelle sind auch ferner vier Fragen zu behandeln, bei denen die Beziehungen des Fischereirechts zum Wassergrundstück in Betracht kommen.

1) Das Fischereirecht umfaßt an sich die Befugnis, Fangvorrichtungen im Strom anzubringen. Eine wesentliche Einschränkung erfährt diese Befugnis dadurch, daß derartige Vorrichtungen das gesetzlich gewährleistete Recht des Gemeingebrauchs, also insbesondere die Schifffahrt, nicht beeinträchtigen dürfen.

[Das ist im A.L.R. nicht ausdrücklich ausgesprochen, es folgt aber aus der Natur der öffentlichen Ströme.]

Dabei bleibt aber noch immer die Möglichkeit, daß ein Fischer die obere Grenze seines Gebietes so durch Fangvorrichtungen versetzt, daß die Fische in das weiter oberhalb gelegene Gebiet anderer Berechtigter gar nicht oder nur in geringer Zahl gelangen. Ob ein derartiges Verfahren, das etwa dem Abzäunen eines Forstes gleichkommt, zulässig ist, war im älteren Recht nicht unbestritten. Viele Fischordnungen verboten es allerdings.

[vgl. hierzu die beiden märkischen Fischereiordnungen von 1551 und 1690, oben S. 9, anders aber die Universität Helmstedt bei Leyser, meditationes Bd. VII S. 673.]

Es ist zu prüfen, wie sich das preußische Recht zu dieser Frage stellt. Von großer Bedeutung ist besonders, ob sich hier eine Einschränkung der Fischereirechte ähnlich den nachbarrechtlichen Be-

stimmungen findet, oder ob nur polizeiliche Schutzmaßregeln angeordnet sind.

Die märkische Fischereiordnung von 1690, ein Gesetz rein polizeilichen Charakters, verbot das Versetzen öffentlicher Flüsse zum Zweck der Fischerei. Das A.L.R. selbst bestimmt in § 186 I 9, daß in allen Gewässern, in denen mehrere Personen fischereiberechtigt sind, die Polizeigesetze über die Ausübung der Fischerei beobachtet werden müssen, und ordnet in § 187 I 9 weiter an: „Auch in Privatflüssen, worin mehrere die Fischereigerechtigkeit haben, darf niemand, der nicht ein besonderes Recht dazu erworben hat, durch Versetzung des Flusses ober- oder unterhalb den freien Gang der Fische hindern.“ Die §§ 186, 187 I 9 stehen unter der gemeinsamen Randschrift: „Polizeigesetze bei Ausübung der Fischerei.“

Es ist bestritten, ob für die Flußversetzung noch jetzt § 187 I 9 gilt. Die Entscheidung hängt davon ab, ob § 187 dem Polizeirecht oder dem bürgerlichen Recht angehört. Denn das Fischereipolizeirecht ist durch das Fischereigesetz von 1874 in der Weise kodifiziert worden, daß alle früheren polizeilichen Vorschriften aufgehoben sind.

Berücksichtigt man, daß § 187 nach seinem Wortlaut — „auch in Privatflüssen“ — offenbar auf jene polizeiliche Vorschrift der Fischereiordnung von 1690 verweist, und daß er unter der Randschrift „Polizeigesetze bei Ausübung der Fischerei“ steht, so muß man ihn m. E. für eine polizeirechtliche Bestimmung erklären. Daß § 187 I 9 nur für Gewässer gilt, in denen mehrere fischereiberechtigt sind, spricht nicht dagegen. Wo nur einer das Recht zum Fischen hat, ist zum polizeilichen Eingreifen ebenso wenig Grund wie bei den geschlossenen Gewässern — s. § 185 I 9. Ebensowenig kommt in Betracht, daß § 187 sich nicht gegen Personen richtet, die ein besonderes Recht zu solcher Vorrichtung erworben haben. Es ist nicht einzusehen, warum solche besonderen Rechte nicht auch gegen neue Polizeigesetze geschützt sein sollen.

[Ebenso O.V.G. Bd. 20 S. 316; dagegen: Obertribunal Bd. 72 S. 104; E.R.G. Bd. 51 S. 244 ff.; 70 S. 189 ff.; Rehbein, Obertribunal Bd. 1 S. 845 in der Anmerkung; Havenstein zu § 53 des Fischereigesetzes.]

Trifft die hier vertretene Auffassung zu, so ist § 187 I 9 durch das Fischereigesetz beseitigt. An seine Stelle ist § 20 des Fischereigesetzes getreten, der ständige Fischereivorrichtungen nur bis zur

Mitte des Gewässers zuläßt, und auch diese nur in solcher Entfernung voneinander, daß dadurch der Zug der Fische nicht behindert wird. Vorrichtungen, die auf Grund eines besonderen weitergehenden Rechts beim Inkrafttreten des Fischereigesetzes bestanden, trifft § 20 nicht. Alle anderen ständigen Vorrichtungen mußten binnen 2 Jahren den Vorschriften des § 20 angepaßt werden, § 20 Abs. 3. Nicht ständige Vorrichtungen unterliegen gemäß § 22 Ziff. 3 den landesherrlichen Ausführungsverordnungen zum Fischereigesetz, die für die einzelnen Provinzen erlassen worden sind.

Es lag an sich nahe, das Verhältnis der Fischereiberechtigten in diesem Punkte ähnlich dem der Grundstücksnachbarn zu gestalten, und das Recht zur Benutzung bestimmter Fangvorrichtungen in der Weise einzuschränken, daß die benachbarten Fischereiberechtigten eine negatoria gegen den Uebertreter hätten anstellen können. Das preußische Recht hat diesen Weg nicht beschritten, sondern sich auf polizeiliche Schutzvorschriften beschränkt, deren Verletzung allerdings gemäß § 823 Abs. 2 schadensersatzpflichtig machen kann.

[anderer Meinung E.R.G. Bd. 70 S. 189 ff.: Nach dieser Entscheidung steht im Fall einer unzulässigen Stromversetzung dem geschädigten Fischereiberechtigten außer dem Schadensersatzanspruch auch eine Unterlassungsklage zu.]

2) Gestattet der Staat jemandem, aus dem öffentlichen Strom zum Betrieb einer Mühle oder eines anderen Werks einen Graben abzuleiten, so kann fraglich sein, wem in dem Graben das Fischereirecht zusteht.

Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber enthielt eine von Meurer, Wasserrecht, genannte Bayerische Fischordnung, nach der in Mühlgräben am öffentlichen Strom im Zweifel der Stromfischer fischereiberechtigt war. Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift bemerkt Meurer, daß der Landesherr sonst durch Verleihung des Mühlenrechts die von ihm privilegierten Fischereiberechtigten schädigen könne. Diesem Grunde wird man zustimmen müssen, auch umfaßt in der Regel die Verleihung des Mühlenrechts keineswegs die Befugnis zur Fischerei im Mühlgraben, s. v. Cancrin, 12. Abhandlung, § 42.

Freilich sind derartige Mühlgräben nicht schiffbar, sie gehören daher nicht als Teil des öffentlichen Stromes dem Staat, sondern als Privatfluß dem, dessen Grund und Boden bei ihrer Anlage ver-

wertet worden ist. Da das Fischereirecht Teil des Grundeigentums ist, würde dem Müller an sich auch das Fischereirecht im Mühlgraben zustehen. Indessen wäre dieses Ergebnis, wenn man die beiden oben angeführten Gründe in Betracht zieht, keineswegs zu billigen. Ich nehme daher an, daß in solchem Fall das Fischereirecht im öffentlichen Strom kraft Gesetzes auf den abgezweigten Mühlgraben erstreckt wird, ähnlich wie bei einem Durchstich die Fischereirechte des alten Stromlaufes ohne weiteres auf den neuen übergehen.

[s. hierzu § 72 II 15 A.L.R.; so auch für das gemeine Recht Bezzola S. 20 ff.; Göbel S. 64 und die dort genannten Entscheidungen; für das preußische Recht Dernburg, B.R. Bd. 3 S. 395, Anm. 16.]

3) Von besonderer praktischer Bedeutung ist endlich die Frage, wem bei Ueberschwemmungen das Fischereirecht auf den überschwemmten Ländereien zusteht.

Im gemeinen Recht war diese Frage bestritten.

[vgl. hierzu die einander widersprechenden Gutachten der Universität Helmstedt einerseits und der Universität Frankfurt andererseits bei Leyser, meditationes Bd. VII S. 664.]

Nach § 180 I 9 A.L.R. kann der Stromfischer die ausgetretenen Fische nicht verfolgen. Sie gehören demjenigen, auf dessen Grundstück das Wasser „stehen bleibt“. Solange also die Möglichkeit besteht, daß das ausgetretene Wasser in das Strombett zurückgelangt, ist weder der Stromfischer noch der Eigentümer des überschwemmten Landes fangberechtigt. Auch darf niemand die Fische durch Netze oder ähnliche Vorrichtungen an der Rückkehr in den Strom hindern — § 183 I 9. Sind aber nach dem Zurücktreten des Wassers abgeschlossene Lachen geblieben, so darf der Grundeigentümer diese ausfischen.

[vgl. hierzu Obertribunal Bd. 57 S. 20 (dieselbe Entscheidung in Striethorsts Archiv Bd. 62 S. 114); ferner Striethorsts Archiv Bd. 6 S. 15.]

4) Nach geltendem Recht ist der Fischer nicht befugt, zum Zweck des Fanges die Ufer des Gewässers zu betreten, wenn er nicht einen besonderen Rechtstitel hierfür hat. Gewohnheitsrechtlich mag dieses Recht in enger örtlicher Umgrenzung bestehen.

III. Weitere Auslegungsregeln, die für das Fischereirecht in Frage kommen, finden sich bei den Vorschriften des A.L.R. über die Regalien — §§ 29 ff. II 14.

Wem ein Regalrecht vom Staat übertragen worden ist, der darf „die Benutzung“ dieses Rechts „nicht weiter ausdehnen, als der Staat selbst dergleichen Regalien zur Zeit der Uebertragung genutzt hat“ — § 29 II 14. Ueber die bei der Verleihung ausdrücklich bestimmten Schranken darf er nicht hinausgehen. Andererseits wird vermutet, daß innerhalb dieser Schranken der Staat sich der Mitausübung begeben habe.

[Der letzte Satz, § 32 II 14, entscheidet eine alte Streitfrage des gemeinen Rechts, s. hierzu Deißner a. a. O. S. 14.]

Hat der Staat ein Gut mit allen Regalien oder mit Regalien überhaupt vergeben, so sind hierunter nur diejenigen niederen Regalien zu verstehen, die Gütern solcher Art in demselben Landes-
teil gewöhnlich zukommen.

IV. Weiter gelten für die durch Privileg entstandenen Fischereirechte die Regeln über Auslegung der Privilegien — Einleitung zum A.L.R. §§ 54—58.

Danach ist bei ihrer Auslegung zu berücksichtigen, daß sie möglichst wenig andere Personen schädigen sollen, andererseits aber auch „die wohlthätige Absicht des Gebers nicht vereitelt wird“. Die Vorschriften des gemeinen Rechts sind heranzuziehen, es soll beachtet werden, daß die Privilegien mit dem Hauptendzweck des Staates möglichst übereinstimmen. Ferner sollen weniger die Beweggründe der Verleihung als der eigentliche Inhalt des Privilegs bei der Auslegung maßgebend sein. Soweit der Verleihung ein Vertrag vorausging — *privilegia conventionalia* — ist das Privileg „nach den Regeln der Verträge zu erklären und zu beurteilen“.

V. Ersessene Fischereirechte erstrecken sich soweit, als die Er-
sitzung reicht — *quantum possessum, tantum praescriptum*, § 666 I 9.

VI. Endlich kommen die allgemeinen Regeln über Rechte auf fremdes Eigentum, insbesondere auch über die Nutzungsrechte und die Grundgerechtigkeiten, in Betracht, also die Titel I 19, 21 und 22.

Das A.L.R. gibt dort in seiner bis ins einzelne gehenden Art Vorschriften über den Umfang, der solchen Rechten im Zweifel zuzuschreiben ist. Insbesondere betont es, daß auf einen verständigen Ausgleich der Interessen des Eigentümers und des Berechtigten hinzuwirken ist — s. I 19 §§ 12—21, I 21 §§ 8—10, I 22 §§ 26—36. Hervorzuheben ist, daß Beschränkungen des Eigentums nicht vermutet werden, § 14 I 19, ferner sind wesentlich

mehrere Sätze über solche Rechte, die nur zu des Tisches Notdurft eingeräumt sind, §§ 24—28 I 19: Im Zweifel entscheidet über ihren Umfang das Bedürfnis des Beliehenen zur Zeit der Begründung des Rechts; bloß willkürliche Veränderungen der persönlichen Umstände kommen nicht in Betracht. Hausgenossen nehmen nicht teil, es sei denn, daß das Recht einer Familie beigelegt war. In diesem Fall aber kann das Recht auch für die später hinzukommenden Familienglieder genutzt werden. Ist jemandem ein Notdurftrecht als Teil seiner Besoldung eingeräumt worden, so kommt ihm während seiner Amtsdauer das Recht auch für seine Familie und sein Gesinde zu.

VII. Eine Eintragung des Fischereirechts ins Grundbuch war bis zum 1. Januar 1900 nur insoweit möglich, als sich das Recht als selbständige Gerechtigkeit darstellte. Eine Eintragung als Dienstbarkeit auf dem Blatt des belasteten Grundstücks war ausgeschlossen, da es für den öffentlichen Strom keine Grundbücher gab.

Hatte ein Fischereirecht ein selbständiges Blatt erhalten, so galten die allgemeinen Regeln der Hypothekenordnung und später der Pr. G.B.O. vom 5. Mai 1872.

B. Von 1900 ab:

Die Grundsätze, die für die Fischereirechte am öffentlichen Strom vor 1900 galten, sind durch die neue Gesetzgebung nur wenig geändert worden.

I. Vor allem können auch heute noch persönliche Fischereirechte als vererbliche und veräußerliche Rechte begründet werden, auch braucht sich ihr Umfang keineswegs auf das Bedürfnis des Berechtigten zu beschränken. Soweit sie mit dem Eigentum an einem Grundstück verknüpft sind, können sie dem jeweiligen Eigentümer nicht nur zu des Tisches Notdurft, sondern auch mit dem Recht zum Fischhandel zustehen.

Im A.L.R. war dies freilich bei den Vorschriften über die Fischerei und die Regalien nicht ausdrücklich gesagt, und man kann daher zweifeln, ob die Vorbehalte der Artikel 69 und 73 E.G. z. B.G.B. das alte Recht in diesem Punkt decken. Indessen muß berücksichtigt werden, daß die Verwertung der Fischerei durch den Handel außerordentlich alt und die Zulässigkeit solcher Rechte nie bezweifelt worden ist. Weiter weist die Entstehung der Fischereirechte durch Privileg, also durch Gesetz, und durch Ersitzung gleichfalls darauf hin, daß der Umfang dieser Rechte beliebig begrenzt sein konnte. Nimmt man endlich hinzu, daß die §§ 75,

76 II 15 geradezu das Vorhandensein von Fischereirechten voraussetzen, deren Umfang über des Tisches Notdurft hinausgeht, so erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß auch nach dem 1. Januar 1900 Fischereirechte von beliebigem Umfange begründet werden können — Art. 69 E.G. z. B.G.B.

II. Die unter A II dieses Paragraphen erörterten Regeln des A.L.R. über die Fischereirechte, ihren Inhalt und Umfang, sind ebenfalls auf Grund des Artikels 69 des E.G. z. B.G.B. in Kraft geblieben.

III. Die Vorschriften des A.L.R. über die Regalien sind durch Art. 73 E.G. z. B.G.B. gedeckt und auch durch das A.G. z. B.G.B. nicht aufgehoben.

IV. Ebenso gelten die §§ 54—58 der Einleitung weiter.

Allerdings hat das A.G. z. B.G.B. in Art. 89 die Vorschriften der Einleitung zum A.L.R. aufgehoben, aber nur, „soweit sie sich nicht auf öffentliches Recht beziehen“. Die Privilegien sind Gesetze, die Regeln der §§ 54—58 also Vorschriften über Gesetzesauslegung. Sie gehören demnach dem öffentlichen Recht an — s. ebenso für die Auslegungsregeln des gemeinen Rechts Dernburg, Pandekten, Anm. 1 zu § 34.

V. Der Satz *tantum praescriptum, quantum possessum* in § 666 I 9 ist durch Art. 73 E.G. z. B.G.B., § 38 II 14 A.L.R. und Art. 89 A.G. z. B.G.B. aufrecht erhalten.

VI. Dagegen sind die Titel I 19, 21 und 22 A.L.R., soweit sie hier in Frage kommen, durch Art. 89 A.G. z. B.G.B. ausdrücklich aufgehoben worden. An ihre Stelle treten teils unmittelbar, teils in analoger Anwendung die Regeln des B.G.B. über Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten — s. § 10 der Dissertation am Ende.

1) Nach § 1020 hat der Berechtigte das Interesse des Grundeigentümers, also beim Fischereirecht das Interesse des Staates, möglichst zu schonen. Fischereianlagen hat er in ordentlichem Zustand zu halten, doch kann die Unterhaltungspflicht auch dem Staat auferlegt werden, s. § 1021. Ist die Ausübung der Fischerei an dem bisherigen Ort für den Staat besonders beschwerlich, so kann er die Verlegung an eine andere ebenso geeignete Stelle fordern — § 1024. Wird das herrschende Grundstück geteilt, so besteht das Fischereirecht für die Teile fort, doch darf im Zweifel die Ausübung für den Staat nicht beschwerlicher werden. Sollte das Fischereirecht nur einem bestimmten Teil des Grundstückes, z. B.

der Hofstelle oder dem Fischerhaus, dienen, so erlischt es bei der Teilung des Grundstückes für die übrigen Teile.

[s. hierzu Dernburg, Pr. Pr. § 295; J.W. 00 S. 881; Bolze Bd. 6 Nr. 81; auch die Deklaration vom 29. Mai 1816 § 96, G.S.S. 154 ff.]

§ 1026 kommt nicht in Betracht.

2) Die §§ 1020—1024 gelten entsprechend bei den persönlichen Fischereirechten, vgl § 1090 Abs. 2. Für diese besteht im Zweifel ferner der Satz, daß das persönliche Bedürfnis des Berechtigten über ihren Umfang entscheidet.

VII. Die als selbständige Gerechtigkeiten ins Grundbuch eingetragenen Fischereirechte werden nach den Vorschriften der R.G.B.O. und des B.G.B. behandelt — Artikel 40 A.G. z. B.G.B., Artikel 22 A.G. z. G.B.O. Insbesondere sind sämtliche Regeln der §§ 873—899 B.G.B. anwendbar.

Hervorzuheben ist folgendes:

Die selbständigen Gerechtigkeiten können mit einem Grundstück auf einem Grundbuchblatt vereinigt oder auch ihm als Bestandteil zugeschrieben werden — s. § 890 B.G.B.

Soll dagegen ein Fischereirecht, das dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zusteht, auf dem Grundbuchblatt des praedium dominans verzeichnet werden, so ist dies nur zulässig, wenn vorher für das belastete Stromgrundstück ein Grundbuchblatt angelegt und das Fischereirecht auf diesem eingetragen worden ist — s. § 8 R.G.B.O. (— „auch auf dem Grundbuchblatt des . . . herrschenden Grundstücks“ —) und dazu Johow, K.G. Bd. 34 A. S. 218.

C. Da die Regeln des alten Rechts über den Inhalt der Fischereirechte mit einziger Ausnahme der Titel I 19, 21, 22 weiter gelten, diese Titel aber aufgehoben und durch die Regeln des B.G.B. ersetzt sind, bedarf die Frage keiner Erörterung, wie weit etwa für den Inhalt der am 1. Januar 1900 bestehenden Fischereirechte auf Grund der Uebergangsvorschriften in Art. 184 ff. E.G. z. B.G.B. ausnahmsweise die Regeln des alten Rechts noch maßgebend sind.

§ 16.

**Uebertragung, Belastung, Zwangsvollstreckung, Verkauf,
Verpachtung, Vererbung.**

A. Bis zum 1. Januar 1900:

I. Die Uebertragung des Fischereirechts:

1) Wie bereits hervorgehoben ist, konnten nach A.L.R. wie nach dem älteren deutschen Recht Fischereirechte als veräußerliche Rechte entstehen. Welche Rechte nicht übertragbar waren, ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen:

Die Uebertragbarkeit konnte erstens im Privilegium ausgeschlossen sein.

Zweitens sind unübertragbar die Rechte, die einer Person oder Familie nur zu des Tisches Notdurft zustanden — s. § 22 I 19 A.L.R.

Fraglich ist, ob die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Fischereirechte veräußert werden konnten. Zweifellos waren auch hier solche Rechte unübertragbar, die dem jeweiligen Eigentümer nur zu des Tisches Notdurft zustanden — s. wiederum § 22 I 19. Waren die Rechte dagegen nicht in dieser Weise beschränkt, so konnten sie gemäß § 23 I 19 auf ein anderes Grundstück übertragen werden, wenn dem Staat als Stromeigentümer daraus keine größere Belastung erwuchs.

[Die Auslegung des § 23 I 19 ist strittig; wie hier Dernburg, Pr. Pr. I § 295 S. 730; Bornemann Bd. 4 S. 10; Strombeck Bd. 3 S. 870; vgl. aber Obertribunal 9 S. 246; Striethorsts Archiv Bd. 52 S. 208; Rehbein, Obertribunal Bd. 3 S. 946 ff. Anm.; Koch zu § 22 I 19 Anm. 45; Förster-Eccius Bd. 3 § 187 Anm. 14.]

2) Was die Form der Uebertragung betrifft, so waren folgende Möglichkeiten zu scheiden:

Subjektiv dingliche Fischereirechte, die vom Grundstück nicht gelöst werden konnten, wurden mit dem Grundstück zugleich übertragen. Konnten sie dagegen gemäß § 23 I 19 auf ein anderes Grundstück übertragen werden, so bedurfte dieses Geschäft, da es sich um eine Grundgerechtigkeit handelte, der Schriftform — § 135 I 5.

Bei den subjektiv persönlichen Fischereirechten war zu unterscheiden, ob sie ihrem Wesen nach zu den selbständigen Gerechtigkeiten gehörten oder nicht — über die Einzelheiten der Unterscheidung s. § 12 der Arbeit.

Waren sie nicht selbständig, so geschah die Abtretung formlos, soweit sie überhaupt möglich war. Nur wenn der Wert 50 Taler überstieg, war ein schriftlicher Vertrag nötig — s. § 131 I 15.

Die selbständigen Gerechtigkeiten wurden als Grundstücke behandelt, ihre Uebertragung setzte daher nach der ständigen Rechtsprechung des Obertribunals einen schriftlichen Vertrag voraus.

[s. Obertribunal Bd. 1 S. 266, Bd. 4 S. 221, Bd. 17 S. 132, Bd. 27 S. 39 ff.]

Die Eintragung der Uebereignung ins Hypothekenbuch war, auch wenn das Recht ein eigenes Blatt erhalten hatte, bis 1872 nicht nötig, der schriftliche Vertrag genügte. Dies änderte sich durch das Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872. Soweit ein Fischereirecht ein eigenes Blatt erhalten hatte, war seitdem Auflassung und Eintragung erforderlich, während es für die nicht eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten bei der Schriftform blieb.

II. Die Belastung der Fischereirechte:

1) Die Verpfändung eines Fischereirechts war nur insoweit möglich, als das Recht veräußerlich war. Dasselbe galt von der Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechts am Fischereirecht, vor allem eines Nießbrauchs. Es liegt im Wesen der Sache, daß Pfand- und Nutzungsrechte nicht an höchstpersönlichen Rechten bestellt werden können. Schließt doch § 22 I 19 für die Notdurftrechte sogar die Verpachtung aus.

2) Die subjektiv-dinglichen Rechte wurden mit den herrschenden Grundstücken zugleich belastet.

Bei den subjektiv-persönlichen Rechten war zu unterscheiden, ob sie ein eignes Grundbuchblatt erhalten hatten oder nicht.

War kein selbständiges Grundbuchblatt angelegt worden, so erforderte die Belastung außer dem Vertrage eine „symbolische Uebergabe“ des Rechts, d. h. die Parteien mußten irgendwelche Handlung vornehmen, welche die Belastung für andere Personen erkennbar machte — s. für das Pfandrecht I 20 §§ 271 ff., für Nutzungsrechte §§ 2 I 21, 61 ff. I 7. Bei Fischereirechten konnte eine solche Uebergabe wohl durch Aushändigung der Privilegsurkunde geschehen. Die Verpfändung erforderte außerdem die schriftliche Erklärung des Schuldners, daß er den Besitz übertrage — § 273 I 20.

Hatte ein Fischereirecht dagegen ein eignes Blatt im Hypothekenbuch erhalten, so mußten Pfandrechte und dingliche Nutzungsrechte zu ihrer Begründung in das Buch eingetragen werden — s. §§ 390 ff. I 20, § 4 I 21.

III. Die Zwangsvollstreckung in Fischereirechte richtete sich, soweit sie nicht als selbständige Gerechtigkeiten anzusehen waren, nach den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Rechte. Auf die Einzelheiten kann hier nicht eingegangen

werden. Dagegen galten für selbständige Gerechtigkeiten die Regeln der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

IV. Der Kauf eines subjektiv - dinglichen Fischereirechts (s. § 23 I 19) bedurfte der Schriftform — § 135 I 5.

Der Kauf einer subjektiv - persönlichen Fischereigerechtigkeit war formlos, wenn es sich nicht um eine selbständige Gerechtigkeit handelte. Andernfalls war ebenso wie bei Grundstücken Schriftform nötig.

Die Verpachtung von Fischereirechten, die sich auf des Tisches Notdurft beschränkten, war ausgeschlossen — §§ 75, 76 II 15 A.L.R. Schriftform war stets erforderlich bei der Verpachtung eines subjektiv-dinglichen Fischereirechts — § 135 I 5 A.L.R., im übrigen nur dann, wenn der Jahreszins 150 M. überstieg. War die Form trotz höheren Pachtzinses nicht gewahrt, so galt der Vertrag dennoch auf ein Jahr — § 269 I 21 A.L.R.

V. Ueber die Vererbung des Fischereirechts s. unter B. V in diesem Paragraphen.

B. Das neue Recht:

I. Die Uebertragung von Fischereirechten:

1) Was die Uebertragbarkeit der Fischereirechte betrifft, so gelten heute im wesentlichen dieselben Sätze wie nach A.L.R. Nach den §§ 399, 412 B.G.B. können Rechte nicht veräußert werden, wenn die Veräußerung den Inhalt des Rechts ändern würde, oder wenn die Uebertragung bei der Begründung oder später ausgeschlossen worden ist. Dies trifft also auch zu, wenn die Verleihungsurkunde bestimmt, daß das Recht nicht veräußert werden darf. Notdurftrechte werden regelmäßig unveräußerlich sein, weil die Uebertragung ihren Inhalt verändern würde.

Dagegen ist dem heutigen Rechte allerdings der Satz unbekannt, daß subjektiv-dingliche Rechte auf eine andere Sache übertragen werden können. Da § 23 I 19 A.L.R. durch Artikel 89 A.G. z. B.G.B. aufgehoben ist, können demnach die nach 1900 entstandenen subjektiv-dinglichen Fischereirechte unter keinen Umständen mehr auf andere Grundstücke übertragen werden, vielmehr werden sie lediglich mit dem praedium dominans zugleich veräußert.

2) Im übrigen muß zwischen den selbständigen Fischereigerechtigkeiten, die ein eigenes Grundbuchblatt erhalten haben, und sämtlichen übrigen Fischereirechten unterschieden werden.

Hat ein Fischereirecht ein eigenes Grundbuchblatt erhalten, so ist nach Art. 40 A.G. z. B.G.B., § 925 B.G.B. Auflassung und Eintragung erforderlich. Auch § 926, der vom Uebergang des Eigentums am Zubehör handelt, ist anzuwenden. Allerdings kennt das B.G.B. im allgemeinen keinen Besitz und kein Zubehör von Rechten. Aber da Art. 40 Abs. 2 die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Eigentumserwerb an Grundstücken anordnet, und § 926 zu diesen Vorschriften schon nach der Titelüberschrift über § 925 unzweifelhaft gehört, so ist m. E. im Rahmen des § 925 Besitz und Zubehör beim Fischereirecht anerkannt. Auch das A.L.R. kannte Zubehör von Rechten, insbesondere auch Zubehör der Jagdgerechtigkeit, s. § 67 I 2.

[anderer Meinung Stranz-Gerhardt, Anm. II 2 a zu Art. 40, dafür aber Crusen-Müller, Anm. II B 3 b zu Art. 40.]

Bei allen übrigen Fischereigerechtigkeiten gilt § 873 B.G.B. Wie in den §§ 8, 10 der Arbeit ausführlich dargelegt wurde, stellen sich die Fischereirechte als dingliche Rechte am Stromgrundstück dar. Trifft dies zu, so läßt sich die Anwendung des § 873 nicht umgehen. Das E.G. z. B.G.B. hat zwar in den Artikeln 127 und 128 den Landesgesetzen freigestellt, die Uebertragung des Eigentums sowie die Begründung und Aufhebung von Dienstbarkeiten an buchungsfreien Grundstücken besonderen Regeln zu unterwerfen. Das A.G. z. B.G.B. hat hiervon aber nur für die Uebertragung des Eigentums Gebrauch gemacht — s. Art. 27.

Demnach muß bei der Veräußerung eines Fischereirechts jetzt regelmäßig erst ein Grundbuchblatt für das belastete Stromgrundstück gemäß Art. 1 der Königlichen Verordnung zur Ausführung der R.G.B.O. auf Antrag angelegt werden. Erst dann kann die Veräußerung durch Einigung und Eintragung vor sich gehen. Kann das Recht gemäß Artikel 40 A.G. z. B.G.B. und Artikel 27 Abs. 2 A.G. z. G.B.O. als selbständige Gerechtigkeit ein eigenes Grundbuchblatt erhalten, so wird es vielfach einfacher sein, das Recht in dieser Weise buchen zu lassen und es dann durch Auflassung und Eintragung gemäß Artikel 40 Abs. 2 A.G. z. B.G.B., § 925 B.G.B. zu veräußern.

Es sei hier betont, daß dieses Ergebnis sich selbst dann nicht ändert, wenn man mit dem Reichsgericht den Fluß als *res nullius* ansieht. Denn das Reichsgericht betrachtet das Fischereirecht gleichfalls als dingliches Recht, die Anwendung des § 873 ist also

auch bei dieser Auffassung nicht zu umgehen. Grundbuchblätter für herrenlose Grundstücke können sehr wohl angelegt werden.

Demnach zeigt sich hier ein scharfer Gegensatz zum alten Recht. Der Buchungszwang für Uebertragung und Belastung der Fischereirechte erscheint deshalb als sonderbar, weil die Begründung des Fischereirechts und, wie noch zu zeigen ist, auch seine Aufhebung sich sehr oft außerhalb des Grundbuchs vollzieht. Andererseits ist der Buchungszwang allerdings ein Mittel, um die vielfach sehr unsicheren Rechtsverhältnisse der Fischereirechte klarer zu gestalten.

3) Besondere Regeln gelten für die Uebertragung von Fischereirechten auf den Staat in den Fällen des Gesetzes vom 2. September 1911 — s. hierüber S. 61 der Dissertation.

II. Für die Belastung des Fischereirechts kommen ähnliche Gesichtspunkte wie bei der Uebertragung in Betracht.

Die subjektiv-dinglichen Rechte werden als Bestandteile des praedium dominans gemäß § 96 B.G.B. durch die Verpfändung des Grundstücks mit ergriffen.

Die eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten werden wie Grundstücke durch Einigung und Eintragung belastet. Die Verpfändung kann die Formen der Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld annehmen. Auf die Einzelheiten einzugehen, würde hier zu weit führen. Doch muß betont werden, daß die Regeln des B.G.B. auch hier nur soweit gelten, als sie nicht körperliche Sachen zur unerläßlichen Voraussetzung haben — s. oben § 12 der Arbeit. Wenn z. B. § 1121 die Hypothek an einem Grundstück auf dessen Zubehör erstreckt, so kann diese Vorschrift nicht angewendet werden, weil das B.G.B. Zubehör nur bei Sachen kennt, und hier keine Regel vorhanden ist, die die Anwendung des § 1121 decken könnte — anders im Fall des § 926 B.G.B., s. oben zu B I 2.

Die Belastung der übrigen subjektiv persönlichen Fischereirechte unterliegt ebenso wie ihre Uebertragung dem § 873 B.G.B. Auch hier muß also zunächst das Grundbuchblatt für den Strom angelegt, das Recht eingetragen und sodann die Belastung durch Einigung und Eintragung vollzogen werden.

III. Die Zwangsvollstreckung in ein subjektiv dingliches Fischereirecht geschieht zugleich mit der Vollstreckung in das praedium dominans.

Bei den subjektiv persönlichen Fischereirechten dagegen gestaltet sie sich wiederum verschieden, je nachdem es sich um eine

eingetragene selbständige Fischereigerechtigkeit oder um ein anderes Fischereirecht handelt.

Im ersten Fall sind die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen anzuwenden. Die Zwangsvollstreckung geschieht also durch Eintragung einer Sicherungshypothek, durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung.

Für die Zwangsvollstreckung in andere Fischereirechte gelten die Regeln des § 857 Z.P.O. Die Pfändung geschieht dadurch, daß dem Berechtigten ein Verfügungsverbot zugestellt wird.

IV. Kaufverträge über eingetragene selbständige Fischereiberechtigungen bedürfen gemäß Art. 40 A.G. z. B.G.B., § 313 B.G.B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, s. oben § 12 der Arbeit.

Kaufverträge über andere Fischereirechte sind formlos. Pachtverträge bedürfen, da sie stets eine Verpachtung des Flußgrundstücks in sich schließen, bei mehr als einjähriger Dauer der Schriftform, und zwar auch dann, wenn es sich nicht um eingetragene selbständige Fischereigerechtigkeiten handelt — §§ 581 Abs. 2, 566 B.G.B., s. hierzu die Ausführungen S. 40, 41 der Arbeit und die dort genannten Entscheidungen des Reichsgerichts. Die §§ 75, 76 II 15 A.L.R. sind durch Art. 69 E.G. z. B.G.B. aufrecht erhalten worden.

V. Sehr schwierige Fragen ergeben sich bei der Vererbung des Fischereirechts.

An sich gelten zunächst die allgemeinen erbrechtlichen Regeln. Danach geht das Fischereirecht mit dem Tode des Berechtigten auf die sämtlichen gesetzlichen Erben über, wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt hat.

Diese Regel wird aber häufig durchbrochen werden. Sehr oft wird entweder das Privileg oder die Art der Ersitzung ergeben, dass das Recht nicht auf alle Erben übergehen soll. Vor allem wird, wenn ein Fischereirecht den Fischern eines bestimmten Ortes verliehen ist, meist angenommen werden müssen, daß nicht ortsansässige Erben von dem Recht ausgeschlossen sein sollen. Es sei hier darauf hingewiesen, daß sehr viele Satzungen von Fischerinnungen ähnliche Beschränkungen für die Mitgliedschaft vorsehen.

Aber auch darüber hinaus werden sich nicht selten weitere Beschränkungen ergeben. Man wird bei der Feststellung des Erbrechts beachten müssen, daß es bei kleinen Fischwässern zu unhaltbaren Zuständen führen würde, wollte man alle gesetzlichen Erben grundsätzlich an dem Recht teilnehmen lassen. Prüft man ein

Fischereiprivileg unter diesem Gesichtspunkt, so wird sich häufig zeigen, daß die Vererbung irgendwie begrenzt ist, sei es, daß nur der älteste Sohn oder nur die männlichen Mitglieder der Familie erb-berechtigt sein sollen. Eine allgemeine Regel läßt sich nicht aufstellen. Die zeitlichen und örtlichen Umstände der Verleihung müssen im Einzelfall die Richtschnur bilden. Vor allem aber wird bei alten und gut verbrieften Fischereirechten die langwährende Übung für den Richter den Ausschlag geben müssen. Findet sich z. B., daß ein Fischereirecht durch Jahrhunderte immer nur auf die Söhne oder nur auf den ältesten Sohn vererbt worden ist, so wird man hieraus auf eine entsprechende Einschränkung der gesetzlichen Erbfolge auch dann schließen dürfen, wenn das Privileg selbst darüber nichts ausdrücklich vermerkt.

C. Uebergangsfragen.

Die unter B dargestellten Vorschriften des neuen Rechts finden auch auf die am 1. Januar 1900 bestehenden Fischereirechte Anwendung. Von diesem Satz gilt indessen eine Ausnahme:

Konnte eine subjektiv-dingliche Fischereiberechtigung bisher gemäß § 23 I 19 A.L.R. auf ein anderes Grundstück übertragen werden, so verbleibt ihr diese Eigenschaft auch nach dem Inkraft-treten des neuen Rechts. Denn die Uebertragbarkeit gehört zum Inhalt des Rechts, und diesen berührt das B.G.B. grundsätzlich nicht — Art. 184 E.G. z. B.G.B.

Soweit für einen Bezirk das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, soll gemäß Art. 189 E.G. z. B.G.B. die Uebertragung und Belastung eines dinglichen Rechtes nach dem bisherigen Recht beurteilt werden. Die Regeln des A.L.R. über diesen Punkt sind jedoch sämtlich durch Art. 89 A.G. z. B.G.B. aufgehoben worden.

§ 17.

Der Schutz des Fischereirechts.

A. Bis zum 1. Januar 1900:

Das gemeine Recht schützte die Fischereirechte mit mehreren Klagen, nämlich erstens mit einer *actio confessoria*, zweitens mit einer Klage wegen *damnum iniuria datum*, endlich kamen mehrere Besitzinterdikte in Betracht.

[vgl. hierzu: Müller, Documentum a. a. O. Nr. 41; v. Einsiedel, de regalibus Nr. 92; Mor, Teil 1, caput 10 Nr. 6.]

Auch das A.L.R. gab dem Fischereiberechtigten verschiedene Rechtsbehelfe:

I. Eine eigene actio confessoria zum Schutz von Regalrechten oder Dienstbarkeiten findet sich im A.L.R. nicht. Da es ein Eigentum an Rechten anerkannte, schützte es vielmehr alle Rechte mit der Eigentumsklage aus I 15 sowohl gegen Entziehung wie gegen Störung, vgl. § 3 daselbst.

II. Ferner standen dem Fischereiberechtigten die Klagen aus dem Titel I 6 über unerlaubte Handlungen zur Seite. Insbesondere mußte nach § 26 I 6 „der, welcher ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz vernachlässigte, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Polizeigesetzes hätte vermieden werden können, ebenso haften, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre“. Hier kamen also die zahlreichen polizeilichen Vorschriften in den Fischereiordnungen und im Fischereigesetz selbst zur Geltung.

III. Weiter erkannte das A.L.R. wie an allen Rechten so auch an den Regalgerechtsamen ein Besitzverhältnis an, und schützte diesen Besitz mit den Klagen aus Titel I 7, s. Striethorsts Archiv Bd. 87 S. 321.

B. Seit dem 1. Januar 1900:

I. Auch das B.G.B. sowie das A.G. z. B.G.B. schützten die Fischereirechte mit dinglichen Klagen:

Allen Fischereiberechtigten steht die Klage aus §§ 1027, 1090 Abs. 2, 1004 B.G.B. zur Seite.

Die eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten genießen außerdem den Schutz der §§ 985 ff. B.G.B., da nach Artikel 40 A.G. z. B.G.B. bei diesen Rechten die Vorschriften des B.G.B. über die „Ansprüche aus dem Eigentum“ entsprechend angewendet werden sollen. Gegenüber dieser ausdrücklichen Anordnung kann der Einwand, daß dem B.G.B. im allgemeinen ein Besitz an Rechten unbekannt sei, nicht durchdringen.

[vgl. anderer Meinung Stranz-Gerhardt, Anm. II 2 b zu Art. 40, wie hier aber Crusen-Müller, Anm. II B 3 b zu Art. 40.]

II. Weiter kommen die Vorschriften des B.G.B. über die unerlaubten Handlungen in Betracht:

Als dingliches absolutes Recht wird das Fischereirecht gegen schuldhaft widerrechtliche Eingriffe durch § 823 Abs. 1 geschützt.

Ferner ist gemäß § 823 Abs. 2 ähnlich wie nach § 26 I 6 A.L.R. schadensersatzpflichtig, wer schuldhaft gegen ein „den Schutz eines

anderen bezweckendes Gesetz“ verstößt. Es handelt sich hier um dieselben Vorschriften, die bereits vor 1900 zum Schutz der Fischereirechte dienten. Einige besonders wesentliche sollen hier genannt werden:

1) Der Gemeingebrauch an den öffentlichen Strömen kann der Fischerei schädlich werden:

Gegenüber der Schifffahrt, soweit sie sich in den Grenzen des Gemeingebruchs hält, sind besondere Vorschriften zum Schutz der Fischerei nicht gegeben. Die einzigen Schranken sind hier die §§ 226, 826 B.G.B. Ueberschreitet jemand aber die Grenzen des Gemeingebruchs, indem er z. B. dauernd auf ganzen Teilen eines Stromes Flösse oder Schiffe lagern läßt, so können die hierdurch geschädigten Fischer Schadensersatz fordern.

Der Gemeingebrauch umfaßt ferner das Recht, Abfallstoffe in den öffentlichen Fluß zu leiten. Dies ist zwar im A.L.R. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber gewohnheitsrechtlich anerkannt. Nur „schädliche und ungewöhnliche Zuleitungen“ waren nach der Rechtsprechung des gemeinen Rechts unzulässig, s. Seuffert Bd. 50 Nr. 76, 17 Nr. 224.

In Preußen bedrohte eine Deklaration vom 24. Februar 1816 die Inhaber von Sägemühlen und sonstigen Gewerbebetrieben mit Strafe, wenn sie Abgänge in solchen Mengen in den Fluß warfen, daß dieser „nach dem Urteil der Polizeibehörde erheblich unreinigt“ wurde.

Gegenwärtig gelten für die Fischerei die §§ 43, 50 Z. 7 des Fischereigesetzes. § 43 Abs. 1 bestimmt: „Es ist verboten, in die Gewässer aus landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betrieben Stoffe von solcher Beschaffenheit und in solchen Mengen einzuwerfen, einzuleiten oder einfließen zu lassen, daß dadurch fremde Fischereirechte geschädigt werden können.“ Wer diese Vorschrift vorsätzlich oder fahrlässig übertritt, wird ersatzpflichtig, s. Kamptz-Delius Bd. I S. 338.

Nun kann jedoch gemäß § 43 Abs. 2—6 der Bezirksausschuß bei überwiegendem Interesse der Landwirtschaft oder Industrie dennoch die Zuleitung gestatten. Allerdings soll er zugleich, soweit möglich, dem Inhaber der Anlage aufgeben, Schutzmaßregeln zu treffen. Er kann auch derartige Maßregeln noch später anordnen, jedoch nur, soweit es ohne erhebliche Belästigung des Betriebes angeht. In allen diesen Fällen hat der Fischereiberechtigte die Kosten der Schutzmaßregeln zu tragen. Daraus muß weiter

geschlossen werden, daß ihm im Falle des § 43 Abs. 2—6 auch kein Schadensersatzanspruch zusteht. Denn sonst wäre es unverständlich, warum er gerade die Kosten der Schutzmaßregeln nicht tragen sollte — so E.R.G. Bd. 46 S. 248. Das überwiegende Interesse anderer Betriebe gibt hier wie bei dem Widerstreit mit den Schifffahrtsinteressen den Ausschlag zu ungunsten der Fischerei. Der Entwurf eines Wassergesetzes von 1911 hat auch diesen Punkt eingehend geregelt — s. die §§ 24, 40, 46 ff. des Entwurfs.

2) Weitere Vorschriften zum Schutz der Fischereiberechtigten sind insbesondere z. B. die Regeln über ständige Fangvorrichtungen (s. oben § 15), über die Laichschonreviere und die Fanggeräte, sowie das Verbot, auf öffentlichen Gewässern zum Nachteil des Fischereiberechtigten Enten zu halten — § 186 I 9 A.L.R. Auf die einzelnen Schutzbestimmungen kann hier nicht ausführlicher eingegangen werden. Sie können sämtlich eine Ersatzpflicht gemäß § 823 Abs. 2 B.G.B. begründen.

Es sei an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts im Fall einer unzulässigen Stromversetzung nicht nur ein Schadensersatzanspruch, sondern auch eine Unterlassungsklage gegeben ist — s. oben S. 75.

III. Fraglich kann sein, ob auch das heutige Recht noch den Fischereirechten einen Besitzschutz gewährt.

1) Das A.L.R. hat den Besitz der Regalien und den Schutz dieses Besitzes nicht besonders geregelt, vielmehr entschieden über diesen Punkt die allgemeinen Vorschriften in Titel I 7. Die Vorbehalte der Artikel 73 und 69 E.G. z. B.G.B. decken die Regeln des alten Rechts nur insoweit, als sie Sondervorschriften über Fischerei und Regalrechte enthalten, sie decken aber nicht die allgemeinen Vorschriften, die außerdem noch für jene Rechtsgebiete galten. Freilich bleibt es möglich, daß die Landesgesetze auf den vorbehaltenen Gebieten auch die allgemeinen Grundsätze abweichend vom Reichsrecht regeln, insbesondere kann das Landesrecht einen Besitzschutz für Regalrechte anordnen — s. Lenz a. a. O. S. 44, Motive Bd. III S. 121. Aber weder das A.L.R. noch das A.G. z. B.G.B. enthalten besondere Regeln über den Besitzschutz der Regalien. Auch Art. 40 A.G. z. B.G.B. hat für die selbständigen Gerechtigkeiten keine Ausnahme geschaffen, wie in § 12 bereits dargelegt worden ist. Danach würden die Fischereirechte heute nach preußischem Recht einen Besitzschutz nur insoweit genießen, als ihn die §§ 1029, 1090 Abs. 2 B.G.B. und die Ueber-

gangsvorschriften des E.G. z. B.G.B. in Art. 191 für Dienstbarkeiten gewähren.

2) Indessen halte ich diesen Standpunkt nicht für richtig. Das A.L.R. konnte allerdings davon absehen, einen besonderen Besitzschutz für Regalrechte anzuordnen, weil es einen Besitzschutz bei allen Rechten anerkannte. Andererseits aber war dieser Schutz gerade bei den Regalrechten eine alte allgemein anerkannte Regel des gemeinen Rechts. Schon ehe der allgemeine Besitzschutz bei Rechten durchgedrungen war, schützte man Rechte, die mit der Herrschaftsgewalt des Staates oder der Kirche verknüpft waren, insbesondere die Regalien, mit den Besitzklagen.

[s. hierzu Bruns, Recht des Besitzes, S. 384; v. Einsiedel, de regalibus, cap. IV Nr. 92; Mor, Teil I, cap. 5 Nr. 4.]

Auch im 18. Jahrhundert wurde die *possessio regalium* als ein besonderes Rechtsgebilde in mehreren Abhandlungen erörtert, — s. insbesondere v. Ickstadt, Diss. iuridica de possessione regalium —, und im gemeinen Recht blieb der Besitzschutz der Regalrechte, besonders auch der Fischereigerechtigkeiten, als Sonderregel der Regalienlehre bis jetzt bestehen — s. die Entscheidung in Seufferts Archiv, Bd. 48 Nr. 191. Wenn daher auch das A.L.R. besondere Vorschriften hierüber nicht enthält, wird man dennoch annehmen dürfen, daß auch nach preußischem Recht der Besitzschutz in besonders hohem Grade mit dem Wesen der Regalien verknüpft war, und daß er demnach auch durch den Vorbehalt des Art. 73 gedeckt ist. Nun hat allerdings Art. 89 A.G. z. B.G.B. die Vorschriften des A.L.R. über den Besitzschutz aufgehoben. Nimmt man aber an, daß der Besitzschutz ein Sondersatz der preußischen Regalienlehre war, und daß er demnach auch jetzt noch gewährt werden soll, so muß nunmehr der Besitzschutz, soweit nicht die §§ 1029, 1090 B.G.B. unmittelbar anwendbar sind, aus den Regeln des neuen Rechts auf dem Wege der Analogie begründet werden.

Dabei ist zu beachten, daß die Regalgerechtsamen weniger als die übrigen Dienstbarkeiten von der Grundbucheintragung abhängen, da sie dieser Eintragung zu ihrer Begründung und teilweise auch zu ihrer Aufhebung nicht bedürfen. Nimmt man hinzu, daß auch bisher der Besitzschutz der Regalien nicht durch die Eintragung bedingt war, so wird man ihn auch jetzt nicht an diese Voraussetzung knüpfen dürfen.

M. E. eignen sich hiernach zur analogen Anwendung am besten die Vorschriften des Art. 191 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. sowie

der §§ 1029, 1090 Abs. 2 B.G.B. Art. 191 E.G. z. B.G.B. handelt von dem Besitzschutz solcher Grunddienstbarkeiten des alten Rechts, die nach Art. 128 oder 187 E.G. z. B.G.B. zu ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen. Er unterscheidet Dienstbarkeiten, mit denen das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, und Dienstbarkeiten ohne solche Anlage. Für die ersten gelten die Vorschriften des B.G.B. über den Besitzschutz ohne weiteres, für die zweiten nur, wenn sie innerhalb der letzten 3 Jahre vor der Störung jährlich mindestens einmal ausgeübt worden sind. Die §§ 1029, 1090 Abs. 2 B.G.B. handeln von eingetragenen Dienstbarkeiten und gewähren ihnen den Besitzschutz, wenn der Berechtigte die Dienstbarkeit im letzten Jahr vor der Störung wenigstens einmal ausgeübt hat.

Wendet man diese Regeln analog an, so ergibt sich: Eingetragene Fischereirechte — und hierhin sind auch die eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten zu zählen — werden bei einmaliger Ausübung im letzten Jahre geschützt; nicht eingetragene Fischereirechte, die aus einer ständigen Anlage erkennbar sind, genießen den Besitzschutz auch ohne diese Voraussetzung, alle anderen dagegen nur, wenn sie in den letzten 3 Jahren vor der Störung jährlich mindestens einmal ausgeübt worden sind.

IV. Von dem Schutz der Fischereirechte gegen staatliche Eingriffe ist in § 19 zu handeln.

§ 18.

Die Aufhebung der Fischereigerechtigkeit.

Es ist nunmehr weiter darzustellen, welche Gründe zur Aufhebung der Fischereirechte führen. Jedoch bleiben dem letzten Paragraphen 19 die Fälle vorbehalten, in denen Fischereirechte abgelöst oder aus Gründen des öffentlichen Wohls vom Staat entzogen oder eingeschränkt werden.

A. Das gemeine Recht:

Das gemeine Recht gab über die Aufhebung der privaten Regalgerechtsamen eingehende Vorschriften:

I. Soweit die Rechte auf Belehnung beruhten, regelte sich ihre Aufhebung nach den Sätzen des Lehnrechtes. Auf diese braucht nach der Aufhebung der Lehnverbände nicht mehr eingegangen zu werden.

II. Für die Regalrechte, die auf Privilegium oder Ersitzung beruhten, galt eine Reihe gemeinsamer Aufhebungsgründe:

1) Der Untergang des Grundstücks, auf dem das Recht auszuüben war, beendete das Recht. Bei der Fischerei kam hier besonders das Versiegen des Stromes in Betracht.

2) Weiter gingen die Regalrechte des Staates oder einer öffentlichen Körperschaft durch die Vernichtung der berechtigten Körperschaft, durch die „*destitutio civitatis*“, unter — s. Sixtinus, Buch I cap. 6; v. Einsiedel, *de regalibus*, cap. IV Nr. 112 ff.; Carpzow, cap. V. aphor. 9.

3) Der Berechtigte konnte ferner durch Erklärung gegenüber dem Staatsoberhaupt einseitig seinem Recht entsagen — *renuntiatio* — s. Sixtinus, v. Einsiedel und Carpzow a. a. O., vgl. auch für Fährrechte am öffentlichen Strom v. Cancrin, Abhdl. 5 § 48, der eine schriftliche Erklärung forderte.

4) Viertens erloschen die Regalberechtigungen, wenn sie längere Zeit hindurch nicht ausgeübt wurden. Die erforderliche Frist wird regelmäßig in Anlehnung an den *non usus* der römischen Dienstbarkeiten auf 10 Jahre angegeben.

[s. hierzu: Sixtinus a. a. O.; Noe Meurer in Fritschius, *corpus iuris ven.-for.* S. 457 für das Jagdrecht; v. Cancrin, 5. Abhdl. § 48 für Fährrechte.]

5) Endlich ging der Regalinhaber seines Rechtes durch schwere Verbrechen gegen die Staatssicherheit sowie durch groben Mißbrauch des Regals verlustig.

III. Für Regalberechtigungen, die auf Privileg beruhten, galten daneben noch mehrere besondere Aufhebungsgründe:

1) In erster Linie gingen die Privilegien unter, wenn eine Bedingung wegfiel, an die ihr Bestand geknüpft war. So erloschen höchstpersönliche Privilegien mit dem Tod des Berechtigten, Privilegien, die mit einer Sache, z. B. einem Grundstück, verbunden waren, mit deren Untergang, zeitlich begrenzte Privilegien mit dem Ablauf der bestimmten Zeit, endlich alle Privilegien dann, wenn der Grund wegfiel, der ihre Verleihung gerechtfertigt hatte.

2) Strittig war, ob der princeps ein Privileg widerrufen könne. Für unwiderruflich galten regelmäßig Privilegien, die auf Grund eines Vertrages erteilt waren (*privilegia conventionalia*), ferner solche, die der Fürst gegen Geld oder ob *merita* verliehen hatte. Schließlich stellte man den Satz auf, daß die *revocatio privilegii* stets

einer causa bedürfe. Als solche causa galt insbesondere das überwiegende Interesse des öffentlichen Wohls.

B. Das preußische Recht bis zum 1. Januar 1900:

Das A.L.R. stellt keine besonderen Aufhebungsgründe für die Regalgerechtsamen auf, sondern begnügt sich mit einer Reihe von Regeln über das Lehnrecht und über Privilegien. Soweit diese Vorschriften nicht ausreichten, waren die allgemeinen Regeln über die Beendigung von Rechten heranzuziehen.

1. Die lehnrechtlichen Vorschriften können als bedeutungslos hier ausgeschieden werden. Sieht man von ihnen ab, so ergeben sich für die auf Privileg beruhenden und die ersessenen Fischereirechte ähnlich wie nach gemeinem Recht eine Reihe gemeinsamer Aufhebungsgründe:

1) Das Versiegen des Stromes führt naturgemäß zur Beendigung des Fischereirechts. Fraglich kann sein, ob das gleiche gilt, wenn der Fluß seinen Lauf ändert. Das A.L.R. trifft hierüber keine besondere Bestimmung. Es regelt jedoch den Fall, daß der Staat Durchstiche vornimmt und dabei den Flußlauf verlegt — § 72 II 15. Er hat alsdann die Fischereiberechtigten zu entschädigen, wenn der verlassene Kanal von ihnen nicht mehr befischt werden kann, und der neue Kanal ihnen nicht eine Fischerei von gleicher Art gewährt. Hier wird also davon ausgegangen, daß die Fischereirechte sich ohne weiteres auf den neuen Kanal erstrecken, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um subjektiv-dingliche oder subjektiv-persönliche Rechte handelt. Soweit mehrere Fischereirechte dabei zusammenstoßen, ist anzunehmen, daß eine Gemeinschaft nach dem Wertverhältnis der alten Fischereien entsteht, und daß die Berechtigten die Auseinandersetzung verlangen können.

Mangels jeder anderen Vorschrift muß man m. E. diese Folge aus § 72 II 15 auch in dem Fall ziehen, daß der Strom sich selbst einen anderen Weg sucht.

2) Die völlige Vernichtung der fischereiberechtigten Gemeinde, die *destitutio civitatis*, führte wie nach gemeinem Recht so auch nach A.L.R. den Untergang des Rechtes herbei.

3) Auch eine einseitige *renuntiatio* war nach A.L.R. zulässig. Die allgemeinen Regeln des A.L.R. kannten allerdings nur einen Entsagungsvertrag — s. §§ 378 ff. I 16. Aber § 30 I 19 ordnete für die Nutzungsrechte auf fremdes Eigentum an, daß der Berechtigte „durch freiwillige Entsagung auf den Gebrauch seines

Rechts von seiner dagegen übernommenen Verbindlichkeit nicht frei“ werde. Daraus ist zu schließen, daß eine solche Entsagung wenigstens zur Aufhebung seines Rechtes führen konnte.

Nach §§ 43—45 I 22 erloschen Grundgerechtigkeiten ferner durch „stillschweigende Einwilligung“, wenn der Berechtigte es wissentlich geschehen ließ, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, die „die Ausübung seines Rechts geradezu unmöglich“ machten, getroffen wurden. Das gemeine Recht kannte diese Aufhebungsart nicht, es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum man die §§ 43—45 I 22 nicht auf die Fischereirechte am öffentlichen Fluß hätte anwenden sollen.

4) Auch nach A.L.R. erloschen die Regalgerechtsamen durch non usus. Dies folgt aus den allgemeinen Vorschriften in I 9 §§ 535 ff. Für die Fischereirechte, die auf Privilegien beruhten, galt keine Ausnahme, wie ja auch nach gemeinem Recht diese Rechte durch non usus untergingen. Der non usus mußte 30 Jahre, bei dem Fiskus, der Kirche und den ihnen gleichgestellten Körperschaften 44 Jahre gedauert haben, s. §§ 546, 632 I 9.

5) Schwere Verbrechen gegen die Staatssicherheit oder Mißbrauch des Rechts führten nach A.L.R. nicht bei allen privaten Regalrechten zum Verlust, sondern nur bei denen, die auf Privilegien beruhten, s. unter II 3.

6) Als dingliche Rechte erloschen die Fischereirechte endlich durch die Vereinigung mit dem Eigentum. Das Eigentumserwerbsgesetz hat dies zwar für die Pfandrechte, nicht aber für die Nutzungsrechte geändert — s. hierzu §§ 52 ff. I 22, §§ 487 ff. I 16 A.L.R.

II. Die §§ 63—72 der Einleitung zum A.L.R. treffen Sonderbestimmungen über die Aufhebung von Privilegien:

1) Privilegien enden danach, wenn sie höchstpersönlich sind, mit dem Tod des Berechtigten, wenn sie dem jeweiligen Eigentümer einer Sache zustehen, mit deren Untergang. Sind sie unter einer Bedingung bestellt, so können sie nicht ausgeübt werden, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird. Weiter kommt bei zeitlich begrenzten Rechten der Ablauf der Zeit, und falls ein Privileg mit bestimmtem Endzweck verliehen wurde, der Wegfall dieses Zweckes in Betracht. Ist das Recht einer Person in Verbindung mit einer Sache erteilt worden, so endet es durch die Trennung der Person von der Sache.

2) Eine revocatio privilegii war nur aus überwiegenden

Gründen des gemeinen Wohls und nur „gegen hinlängliche Entschädigung des Privilegierten“ zulässig, s. über diese Vorschrift den folgenden Paragraphen.

3) „Wer eines groben Mißbrauchs seines Privilegii zum Schaden des Staates oder seiner Mitbürger durch richterliches Erkenntnis schuldig befunden“ wurde, verwirkte sein Recht, ohne daß ihm ein Anspruch auf Entschädigung zugestanden hätte — § 72 der Einleitung zum A.L.R.

C. Das geltende Recht:

Auch nach geltendem Recht gibt es eine Reihe von Aufhebungsgründen, die allen Fischereirechten gemeinsam sind, während außerdem für die auf Privileg beruhenden Rechte die besonderen Rechtssätze des alten Rechts fortbestehen — s. unten S. 98.

I. Da das A.L.R. die Beendigung der Regal- und insbesondere der Fischereirechte nicht besonders geregelt hat, sind die allgemeinen Aufhebungsgründe im wesentlichen dem Recht des B.G.B. zu entnehmen, soweit nicht besondere Gründe für die Fortgeltung des alten Rechts sprechen:

1) Auch nach heutigem Recht wird nach der Natur der Dinge das Fischereirecht durch das Versiegen des Stromes und die *destitutio civitatis* vernichtet.

Bei einer Aenderung des Stromlaufes erstrecken sich die Fischereirechte auch auf das neue Stromgrundstück. Insoweit bleiben die Regeln des alten Rechts, die oben S. 94 in Anlehnung an § 72 II 15 A.L.R. entwickelt wurden, gemäß Art. 69 E.G. z. B.G.B. in Kraft.

2) Weiter ist zu prüfen, wie sich nach heutigem Recht der Verzicht auf das Fischereirecht vollzieht. M. E. ist hier § 875 B.G.B. anzuwenden. Er verlangt zur Aufhebung eines dinglichen Rechts die Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamt, daß er sein Recht aufgebe, und die Löschung des Rechts im Grundbuch. Danach ist zum Verzicht auf das Fischereirecht vor allem erforderlich, daß das Recht im Grundbuch eingetragen ist. Hat der Berechtigte es nicht bereits vorher eintragen lassen, so muß es zu diesem Zweck geschehen.

Fraglich kann sein, ob für die eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten gemäß Art. 40 A.G. z. B.G.B. die Vorschrift des § 928 B.G.B. gilt.

Nach § 928 kann das Eigentum an einem Grundstück dadurch aufgegeben werden, daß der Eigentümer den Verzicht dem Grund-

buchamt gegenüber erklärt, und der Verzicht sodann ins Grundbuch eingetragen wird. Da § 928 vom Verlust des Eigentums an Grundstücken handelt, das B.G.B. aber ein Eigentum an Rechten nicht kennt, so ist § 928 jedenfalls durch den ersten Absatz des Artikel 40 nicht gedeckt — s. oben § 12. Aber auch der zweite Absatz rechtfertigt die Anwendung des § 928 nicht, da er nur von den Vorschriften über den Eigentumserwerb, nicht aber von den Regeln über den Eigentumsverlust spricht, s. Stranz-Gerhardt, Anm. II 2 a zu Art. 40 A.G. z. B.G.B.

Für den Verzicht auf die eingetragenen selbständigen Gerechtigkeiten gilt demnach ebenfalls lediglich die allgemeine Regel des § 875 B.G.B.

Eine Aufhebung von Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung, wie sie das A.L.R. in §§ 43—45 I 22 anordnete, ist dem B.G.B. unbekannt.

3) Für das Erlöschen der Fischereirechte durch non usus bleiben m. E. die Vorschriften des A.L.R. in Kraft. Allerdings wird die Verjährung durch Nichtgebrauch bei der Regalienlehre nicht besonders erwähnt. Aber ähnlich wie beim Besitzschutz — s. oben S. 90 ff. — muß auch hier aus der Geschichte der Regalienlehre der Schluß gezogen werden, daß der non usus trotz seiner Stellung bei den allgemeinen Vorschriften des A.L.R. in enger Beziehung zum Recht der Regalien steht und demnach mit ihm aufrecht erhalten worden ist. Die Vorschriften des Titel I 9 hat Art. 89 A.G. z. B.G.B. aufrecht erhalten, soweit sie für die vorbehaltenen landesrechtlichen Rechtsgebiete von Bedeutung sind. Danach erlöschen die Fischereirechte auch jetzt noch durch einen non usus von 30 oder 44 Jahren. Keine Verjährung ist möglich, solange das Recht im Grundbuch eingetragen ist, § 511 I 9 A.L.R.

[ebenso anscheinend E.R.G. Bd. 57 S. 407.]

Treffen diese Ausführungen zu, so sind damit andererseits die Vorschriften des Reichsrechts, die über den Verlust dinglicher Rechte durch Zeitablauf handeln, von der Anwendung ausgeschlossen, da ihnen jene Sonderregel des alten Rechts vorgeht. Demnach scheiden insbesondere die §§ 902 und 1028 B.G.B. für die Fischereirechte aus.

Soweit ein Fischereirecht gemäß §§ 900, 927 B.G.B., Art. 40 A.G. z. B.G.B. durch Tabular- oder Kontratabularersitzung erworben wird — s. oben S. 71 —, erlischt damit das frühere Recht.

4) Die Vereinigung des Eigentums mit dem Fischereirecht führt nach dem B.G.B. nicht mehr zum Untergang des Rechts — s. § 889.

5) Um die Arbeiten der staatlichen Wasserbauverwaltung zu erleichtern, hat das Gesetz vom 2. September 1911 für Fischereirechte in Gewässern, die von solchen Arbeiten betroffen werden, ein eigenes Aufgebotsverfahren eingeführt. Fischereirechte, die in diesem Verfahren ausgeschlossen worden sind, können dem Staat gegenüber nicht mehr geltend gemacht werden. Ueber die Einzelheiten s. die §§ 9—15 des Gesetzes.

II. Die Grundsätze des A.L.R. über das Erlöschen der Privilegien sind vom B.G.B. nicht berührt worden, da sie dem öffentlichen Recht angehören. Auch Art. 89 A.G. z. B.G.B. hat die öffentlichrechtlichen Vorschriften der Einleitung aufrecht erhalten. Die §§ 63—72 gelten daher für die durch Privileg begründeten Fischereirechte auch heute noch — s. oben S. 95, 96.

D. Uebergangsrecht.

Nach Art. 189 Abs. 3 E.G. z. B.G.B. gelten für die Aufhebung dinglicher Liegenschaftsrechte die Regeln des alten Rechts weiter, bis das Recht im Grundbuch eingetragen worden ist. Indessen hat diese Vorschrift für die Fischereirechte des preußischen Rechts keine Bedeutung.

Die Vorschriften des A.L.R. über die renuntiatio und über die Aufhebung dinglicher Rechte durch Vereinigung mit dem Eigentum sind durch Art. 89 A.G. z. B.G.B. beseitigt worden. An ihre Stelle treten sofort die §§ 875 und 889 B.G.B.

Der Untergang der Fischereirechte durch das Versiegen des Stromes oder eine anderweite Zerstörung des Wassergrundstücks sowie durch die destitutio civitatis vollzieht sich heute ebenso wie nach altem Recht.

Die Sonderregeln des A.L.R. über das Erlöschen von Privilegien und über den Untergang der Fischereirechte durch non usus, sowie die aus § 72 II 15 entwickelten Rechtssätze behalten endlich ihre Wirksamkeit auch ohne die Uebergangsvorschriften auf Grund der Vorbehalte des Einführungsgesetzes.

§ 19.

Staatliche Eingriffe in das Fischereirecht.

Das Interesse des Staates an der Erhaltung des Fischbestandes sowie andere öffentliche Interessen, vor allem das Verkehrsinter-

esse, können einen Eingriff in bestehende Fischereirechte erfordern.

I. Eine Ablösung der Fischereirechte ist im allgemeinen nur bei Fischereirechten an Privatflüssen zulässig. Zum Zwecke einer Entwässerung auf Grund des Vorflutedikts von 1811 oder einer Bewässerung auf Grund des Privatflußgesetzes von 1843 können aber Fischereirechte jeder Art abgelöst werden. Fernere Einzelbestimmungen über die Ablösung s. bei Havenstein, Anm. 5 zu § 5 des Fischereigesetzes.

II. Fischereirechte, die auf Benutzung bestimmter Fangmittel oder ständiger Fischereivorrichtungen gerichtet sind, können durch den Staat im öffentlichen Interesse, und ferner auf Antrag der Fischereiberechtigten oder der Fischereigenossenschaften bei Nachweis ihrer schädlichen Wirkung beschränkt oder aufgehoben werden. Ueber den Antrag entscheidet der Bezirksausschuß auf Klage der Fischereiberechtigten oder der Fischereigenossenschaft. Der Berechtigte ist in vollem Umfange zu entschädigen, die Höhe der Entschädigung ist mangels gütlicher Einigung im Rechtswege festzustellen, § 5 des Fischereigesetzes.

III. Nach dem Deichgesetz vom 28. Januar 1848 kann der Regierungspräsident jede Benutzung eines Deiches verbieten, die dessen Widerstandskraft schwächen würde. Durch eine derartige Verordnung können auch Fischereirechte betroffen werden. Die Berechtigten sind alsdann durch denjenigen zu entschädigen, der den Deich unterhalten muß, s. hierzu Havenstein S. 20 und die dort genannte Entscheidung in Johow, K.G. Bd. 17 S. 413.

IV. 1) Nimmt der Staat im Interesse des Stromverkehrs Arbeiten am öffentlichen Fluß vor, insbesondere Durchstiche oder Regulierungen, so können hierdurch die bestehenden Fischereirechte in ihrem Ertrag erheblich gemindert, ja sogar vernichtet werden. Derartige Maßnahmen enthalten also unter Umständen einen empfindlichen Eingriff in die Fischereirechte, und es fragt sich, ob sie der Staat kraft seines Hoheitsrechtes ohne weiteres vornehmen darf, oder ob er ein besonderes Verfahren einschlagen muß.

Nach A.L.R. galten hier § 72 II 15 und die §§ 70, 71, 74, 75 der Einleitung.

Indessen sind diese Vorschriften durch das Enteignungsgesetz von 1874 für die Fischereirechte beseitigt worden.

Das Enteignungsgesetz umfaßt grundsätzlich alle Fälle, in denen das Grundeigentum oder Rechte daran durch einen Eingriff der Obrigkeit entzogen oder beschränkt werden sollen, s. §§ 1, 6, 57. Dingliche Rechte an Grundstücken — und zu diesen zählen nach der hier vertretenen Meinung auch die Fischereirechte — können demnach nur nach den Regeln dieses Gesetzes entzogen oder beschränkt werden. Die Ausnahmen, für die gemäß § 54 des Gesetzes das ältere Recht maßgebend bleibt, kommen hier nicht in Frage.

Man könnte gegen die Anwendung des Enteignungsgesetzes einwenden, daß es sich bei Durchstichen und Regulierungen nicht um eine „Beschränkung“ oder „Aufhebung“ der Fischereirechte handle, da das Recht selbst unberührt bleibe. Indes trifft dieser Einwurf nicht zu. Ist ein Grundstück mit einem Nutzungsrecht belastet, so darf der Eigentümer in der Regel keine Anstalten auf dem Grundstück treffen, die den Ertrag des Rechts schmälern. Im älteren Recht war strittig, ob der Grundeigentümer, an dessen Grundstück ein anderer das Jagdrecht hatte, zum Schaden des Jagdberechtigten Holz schlagen durfte. „Negat hoc ipsum Gail. Nemo enim servitutum . . . propria auctoritate deteriorem facere debet“, s. Daser a. a. O. Nr. 70.

Ebenso kann auch der Fischereiberechtigte Einspruch gegen eine Maßnahme erheben, die sein Recht verschlechtert. Soll ihm dieser Einspruch nicht zustehen, so liegt darin eine Beschränkung seines Rechtes.

Weiter kann man nicht geltend machen, daß der Staat nach § 79 II 15 zu den Regulierungsarbeiten verpflichtet sei. Vielmehr muß der Staat auch da, wo er im öffentlichen Interesse einzuschreiten verpflichtet ist, den Weg des Enteignungsverfahrens einschlagen.

Endlich ist zwar die Feststellung des drohenden Schadens bei Fischereirechten sehr schwierig. Aber das Enteignungsgesetz sieht die Möglichkeit vor, daß die Wirkungen der Enteignung vor Feststellung der Entschädigung eintreten. Auch braucht der Enteignungsbeschluß keineswegs die völlige Entziehung des Rechts anzuordnen, er kann vielmehr auch das Fischereirecht bloß in der Richtung beschränken, daß der Fischereiberechtigte die Vornahme jener Arbeiten zu dulden hat.

Demnach muß der Staat überall da, wo er im Interesse des Stromverkehrs Fischereirechte beeinträchtigen will, die Vorschriften

des Enteignungsgesetzes einhalten. Die Regeln der §§ 70, 71, 74, 75 der Einleitung zum A.L.R. und des § 72 II 15 haben insoweit ihre Kraft verloren. Bei Durchstichen ist zu berücksichtigen, daß gemäß § 72 II 15 die Fischer ihr Recht im alten Kanal behalten und zudem auch das Fischereirecht im neuen Kanal gewinnen. Eine Entschädigung ist ihnen also nur insoweit zuzubilligen, als sie auf diese Weise nicht schadlos gehalten werden.

[s. zu § 72 II 15 die Entscheidung des E.R.G. Bd. 46 S. 287 ff.]

Nimmt der Staat Durchstiche oder Regulierungen ohne Enteignungsverfahren vor, und greift er hierdurch in Fischereirechte ein, so ist dieses Vorgehen widerrechtlich. Dem Fischereiberechtigten steht eine Unterlassungsklage und außerdem unter Umständen ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 B.G.B. zu.

[so für das bayrische Recht v. Staudinger in Seufferts Bl. für Rechtsanw. Bd. 11 S. 399, 406; anscheinend auch Havenstein S. 18 ff.; dagegen erwähnt die wichtige Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 54 S. 260 ff. das Enteignungsgesetz nicht.]

Was hier von den staatlichen Arbeiten zur Hebung des Stromverkehrs gesagt ist, gilt erst recht dann, wenn der Staat oder private Unternehmungen zu anderen gemeinnützigen oder privaten Zwecken in Fischereirechte eingreifen wollen.

Ein Fischereiprivileg kann mit der Einschränkung erteilt sein, daß der Berechtigte alle Maßnahmen zu dulden hat, die der Staat im öffentlichen Interesse für nötig hält. In diesem Fall liegt in solchen Maßnahmen, wie sie soeben erörtert worden sind, kein Eingriff in das Recht. Die Vorschriften des Enteignungsgesetzes kommen dann nicht in Betracht, der Staat wird in der Regel nicht verpflichtet sein, die Fischer zu entschädigen.

Ob ein Privileg nur mit einer solchen Einschränkung verliehen worden ist, muß nach den Umständen des Einzelfalles geprüft werden. Das Reichsgericht hat darüber hinaus in der Entscheidung Bd. 54 S. 260 ff. eine allgemeine Regel aufgestellt, nach der Fischereiprivilegien im Zweifel dahin auszulegen sind, daß der Staat Maßnahmen im Interesse des Stromverkehrs ohne eine Pflicht zur Entschädigung treffen kann.

Nun sind allerdings nach § 7 der Einleitung zum A.L.R. ebenso wie nach gemeinem Recht Privilegien so auszulegen, wie sie „mit dem Hauptendzweck des Staates am nächsten übereinstimmen“. Aber trotzdem stehen der Entscheidung des Reichsgerichts in ihrer

allgemeinen Fassung erhebliche Bedenken entgegen. Merkwürdig ist die vom Reichsgericht selbst gezogene Folgerung, daß die ersessenen Rechte besser behandelt werden als die privilegierten. Immerhin sind die ersessenen Rechte schon insofern stärker, als die besonderen Aufhebungsgründe der §§ 63—72 der Einleitung zum A.L.R. für sie nicht gelten. Auch die gemeinrechtlichen Juristen bezeichneten die ersessenen Rechte als kräftiger, s. Sixtinus, Buch I, cap. 6 Nr. 73, 74. Aber weiter ist zu berücksichtigen, daß so einschneidende Regulierungen und Bearbeitungen des Strombettes, wie sie heute stattfinden, überhaupt erst durch die moderne Technik ermöglicht worden sind. Erwägt man, daß die Fischereirechte auf dauernde Geltung berechnet sind, daß sie manchmal jahrhundertlang für Beruf und Unterhalt der berechtigten Familien bestimmend waren, so erscheint es gefährlich, ohne jeden Schadensersatz Verschlechterungen dieser Rechte zuzulassen, die bei der Verleihung gar nicht vorausgesehen werden konnten und das Recht vielleicht zum größten Teil wertlos und ungeeignet zum Unterhalt des Berechtigten machen.

Eine allgemeine Regel läßt sich daher m. E. nicht aufstellen. In jedem Einzelfall ist vielmehr unter Berücksichtigung aller Einzelheiten, insbesondere der Verleihungszeit und des Verleihungszweckes, zu ermitteln, ob und in welchem Umfange der Staat die Befugnis haben sollte, ohne eine Pflicht zum Schadensersatz im öffentlichen Interesse das Fischereirecht zu verschlechtern.

[wie hier: v. Staudinger a. a. O. S. 396 Anm., auch wohl Gruchot Bd. 39 S. 883; anders noch die Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 41 Nr. 112, ferner Nieberding S. 307 und Bluntschli S. 240.]

Nachtrag.

Während der Drucklegung der vorstehenden Arbeit ist der Entwurf eines neuen Fischereigesetzes veröffentlicht worden. Im folgenden sollen die wesentlichsten Neuerungen, die der Entwurf gegenüber dem in der Dissertation geschilderten Rechtszustande bringt, kurz dargestellt werden:

1) Der Entwurf hebt das Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 sowie das Nachtragsgesetz vom 30. März 1880 auf — § 95. Er enthält demnach eine neue Kodifikation des polizeilichen Fischereirechts. Für das bürgerliche Fischereirecht ist dies vor allem insofern von Belang, als die polizeilichen Schutzvorschriften des bisherigen Rechts, deren Uebertretung den geschädigten Fischer zum Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 B.G.B. berechtigt, nunmehr durch die Vorschriften des neuen Gesetzes ersetzt werden.

Im einzelnen kann auf diese polizeirechtlichen Regeln hier so wenig wie in der Dissertation selbst eingegangen werden. Sie sind im wesentlichen im 7. Abschnitt des Entwurfs behandelt, der die Ueberschrift „Schutz der Fischerei“ trägt.

Zu bemerken ist folgendes: Die Abführung fester und flüssiger Stoffe in Fischgewässer aus landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betrieben ist in dem neuen Entwurf nur teilweise geregelt. Die Verfasser rechnen damit, daß noch vorher das neue Wassergesetz in Kraft tritt, welches über die Einführung von Stoffen in die Gewässer ausführliche Vorschriften gibt und in seinem Verleihungsverfahren auch den bedrohten Fischern genügenden Schutz gewährt, s. § 17 der Dissertation Ziffer B II 1. Der Entwurf des Fischereigesetzes handelt daher nur von solchen Betrieben, die beim Inkrafttreten des Fischereigesetzes von 1874 bereits bestanden, oder denen die Abführung von Stoffen auf Grund des § 43 jenes Gesetzes gestattet worden ist. Wird durch solche Anlagen die Fischerei erheblich geschädigt, so kann die in § 72 Abs. 3 des Ent-

wurfs bestimmte Behörde auf Antrag der Fischereiberechtigten dem Inhaber der Anlage aufgeben, „ohne unverhältnismäßige Belästigung seines Betriebes ausführbare Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, die nachteiligen Wirkungen zu beseitigen oder zu verringern“.

Daraus folgt: Für die Betriebe des § 72 besteht das Recht zur Einleitung von Stoffen auch nach dem Inkrafttreten des neuen Fischereigesetzes grundsätzlich in dem bisherigen Umfang weiter. Ueber diesen Umfang hinaus dürfen die Inhaber solcher Anlagen nach Inkrafttreten des neuen Wassergesetzes nur auf Grund besonderer Verleihung gehen. Die Kosten der Schutzvorrichtungen haben m. E. wie nach bisherigem Recht die Fischereiberechtigten zu tragen — s. § 17 der Dissertation Ziffer B II 1. Da es sich in den Fällen des § 72 stets nur um Anlagen handelt, die nach dem Fischereigesetz von 1874/1880 zulässig waren, so ist nicht anzunehmen, daß die Kostenfrage anders geregelt werden sollte als bisher. § 71 des Entwurfs, nach dem ähnliche Schutzmaßregeln bei Turbinen angeordnet werden können, bestimmt ausdrücklich, daß die Kosten dieser Vorrichtungen von dem Inhaber der Turbine zu tragen seien, während eine solche Vorschrift in § 72 fehlt.

Andre Schutzvorschriften sind das Verbot von Giften und Sprengmitteln beim Fischfang, die Regeln über das Recht zum Fangen schädlicher Tiere, die Vorschriften über das Mindestmaß der Fische und über die Schonzeit — §§ 71, 73—75 des Entwurfs. Weiter kommen die Regeln über Schonreviere und Fischwege, §§ 77 ff. und 82 ff., sowie die Strafvorschriften in §§ 89 ff. in Betracht.

2) Neben diesen Bestimmungen enthält der Entwurf auch eine ganze Reihe von Rechtsregeln, die das bürgerliche Recht betreffen:

§ 3 setzt fest, welche Tiere zum Fischfang gehören, nämlich Fische, Krebse, Austern, Muscheln und Schildkröten. Diese Liste kann durch Königliche Verordnung erweitert werden. Damit sind die älteren Vorschriften des A.L.R. I 9 §§ 170 ff. beseitigt, vgl § 95 Abs. 1 des Entwurfs.

§ 4 schreibt das Fischereirecht in den Strömen und Haffen dem Staat, in den übrigen Gewässern dem Eigentümer zu. Doch bleibt die freie Fischerei in den Küstengewässern — dazu gehören auch die Haffe — im bisherigen Umfang erhalten.

§ 5 handelt von den natürlichen und künstlichen Abzweigungen der Wasserläufe. Berechtigt zum Fischfang ist grundsätzlich der

Berechtigte des Hauptgewässers, wie dies schon nach dem bisherigen Recht galt — vgl. § 15 der Dissertation Ziffer A II 2.

Verläßt ein Wasserlauf infolge natürlicher oder künstlicher Ableitung sein Bett, so gehen die Fischereirechte auf das neue Bett über. Lage und räumliche Ausdehnung der Rechte sollen sich nach den Rechten im alten Wasserlauf bestimmen, eine Regel, die sich nur außerordentlich schwer wird durchführen lassen — s. die für das geltende Recht von mir gewählte Regel in § 18 der Dissertation Ziffer B I 1.

Bei Ueberschwemmungen soll im Gegensatz zum alten Recht der Fischer auf dem überschwemmten Gelände fischen dürfen. Der Grundeigentümer bleibt wie bisher berechtigt, nach dem Zurücktreten des Wassers die in abgeschlossenen Lachen zurückgebliebenen Fische zu fangen — § 7. § 8 gibt den Fischern mit gewissen Einschränkungen ein Recht zum Betreten der Ufer, soweit es zur Ausübung der Fischerei nötig ist. In beiden Fällen (§§ 7, 8) können die Ufereigentümer Ersatz für entstandenen Schaden fordern, § 9, vgl. hierzu § 15 der Dissertation Ziffer A II 3 und 4.

Nach § 15 des Entwurfs darf der Wasserlauf durch ständige Fangvorrichtungen nicht auf mehr als die halbe Breite für den Zug der Fische gesperrt werden. Diese Vorschrift entspricht dem § 20 des alten Fischereigesetzes und ist wie dieser als polizeiliche Norm aufzufassen. Der § 187 I 9 A.L.R., der den Fischern nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts bei Stromversetzungen eine Unterlassungsklage gewährte, bleibt demnach, falls man dieser Rechtsprechung folgt, auch weiterhin in Kraft — s. § 15 der Dissertation Ziffer A II 1.

§ 13 des Entwurfs gibt über die Fischereirechte der Gemeinden ähnliche Normen, wie sie in § 8 des alten Fischereigesetzes enthalten waren, s. § 13 der Dissertation am Ende.

3) Endlich sind einige Vorschriften des Entwurfs zu erwähnen, die die Begründung schädlicher Rechte verhindern und die bestehenden schädlichen Rechte einschränken sollen.

So ist die „Bestellung“ von Rechten auf Hegung und Aneignung bestimmter Wassertiere, auf Benutzung bestimmter Fangmittel oder ständiger Fangvorrichtungen, desgleichen die „Bestellung“ von Fischereirechten auf Zeit oder für den häuslichen Bedarf verboten, § 10. Die Ersitzung solcher Rechte bleibt nach dem Wortlaut des Entwurfs möglich.

§ 11 verbietet die „Begründung“ mehrerer Fischereirechte an derselben Wasserstrecke oder eines Fischereirechts an der gleichen Strecke für mehrere Personen. Hier ist auch die Ersitzung ausgeschlossen.

Weiter können wirtschaftlich schädliche Fischereirechte unter den Voraussetzungen des § 12 aufgehoben oder beschränkt, endlich kann nach § 14 der Inhaber eines solchen Rechts unter Umständen gezwungen werden, die Ausübung dem benachbarten Fischereiberechtigten abzutreten.

4) Abgesehen von den hier genannten Punkten enthält der Entwurf keine Aenderungen der in der Dissertation dargestellten Rechtsregeln.

Vor allem bleibt bestehen, was über die Rechtsnatur des Fischereirechts und seine Behandlung als selbständige Gerechtigkeit gesagt ist. Die Form der Begründung, die Uebertragung, Belastung, Vererbung und Aufhebung sind auch weiter nach dem bisherigen Recht zu beurteilen.

Der Entwurf ändert demnach im wesentlichen nur den Inhalt und den Schutz des Fischereirechts, indem er den Inhalt in einigen Punkten (Ueberschwemmung, Uferrecht) ausdehnt oder genauer umgrenzt, den Schutz aber durch Einführung neuer polizeilicher Vorschriften verstärkt. Im übrigen bleibt es auch hier bei den Regeln des bisherigen Rechts, wie sie in der Dissertation dargestellt worden sind.

Literatur-Verzeichnis.

I.

Einzelwerke, Aufsätze u. s. w.

- Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht, 4. Aufl., Berlin 1894.
- Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung mit den preußischen Ausführungsbestimmungen, Berlin 1901.
- Aimo, Battista, De alluvionibus, Leipzig 1600.
- v. Anders, Das Jagd- und Fischereirecht, Innsbruck 1884.
- Bachoven, Reinhardt, Notae ad disputationes Treutleri, Cöln 1738.
- Baron, Begriff und Bedeutung der öffentlichen und privaten Wasserläufe nach alten und neuen Gesetzen, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 1 S. 261 ff., Bd. 2 S. 51 ff.
- Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Berlin 1885.
- v. Beust, Tractatus de iure venandi et banno forestali, Jena 1744.
- Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 1903.
- Biermann, Die öffentlichen Sachen, Gießen 1905.
- Bilderbeck, Juristische Deduktion gegen die vermeintliche Regalität der Jagden, 1. Aufl., Celle 1723.
- Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., München 1864.
- Bocerus, Henricus, tractatus de regalibus, Tübingen 1608.
- v. Bodenhausen, Disputatio iuridica de iure venandi, Jena 1622.
- Börner, Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 38, S. 149 ff.: Revision der neueren Lehren von der Zugehörigkeit der beständig fließenden Gewässer nach römischem und deutschem Recht.
- Born, Das Wasserpolizeirecht, Berlin 1905.
- Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Zivilrechts, 2. Aufl., Berlin 1892.
- Brinz, Pandekten, 2. Aufl., Erlangen 1872.
- Brückner, Das deutsche Wasserrecht, in Hirths Annalen des deutschen Reiches, Jahrg. 1877 Nr. 1.
- v. Brünneck, Das Wesen des Rechts an der Jagd und Fischerei, in Gruchots Beiträgen, Bd. 16 S. 182 ff.
- Brunnemann, Commentarius in Pandectas, Frankfurt a. M. 1683.
- Bruns, Das Recht des Besitzes, Tübingen 1848.
- v. Buchwald, Regesten aus den Fischerei-Urkunden der Mark Brandenburg 1150—1710, Berlin 1903.
- v. Cancrin, Abhandlungen von dem Wasserrechte, Halle 1789.
- Carpzow, Benedikt und Conrad, Tractatus de regalibus (s. unten bei Einsiedel de regalibus).
- Cocceji, Projekt eines corpus iuris Fridericiani, Halle 1751.
- Cotto, Petrus Anton, De iuribus statuum imperii circa flumina, Straßburg 1756.
- Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen 1905.

- Crusen-Müller, Das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B., Berlin 1900.
- Daser, Friedrich Jacob, *Disputatio iuridica de venatione Romano-Germanica*, Straßburg 1660.
- Deißner, Johann Dietrich, *Dissertatio iuridica de iure venandi*, Frankfurt 1677.
- Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., Berlin 1903.
- Dernburg, Preußisches Privatrecht, 5. Aufl., Halle 1894.
- Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., Halle 1908.
- Dernburg und Hinrichs, Preußisches Hypothekenrecht, Berlin 1877.
- Dickel, Das deutsche bürgerliche Recht für Forstmänner, Berlin 1900.
- Diplomatische Beiträge zur Untersuchung der schlesischen Rechte und Geschichte, Berlin 1770.
- Döhl, Die Wassergesetzgebung des preußischen Staates, 2. Aufl., Brandenburg 1870.
- Dörfel, Die Fischereigesetzgebung des preußischen Staates, 2. Aufl., Berlin 1878.
- Duesberg, Ueber das System der Regalien, in der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechts, herausgegeben von Simon und Strampff, Bd. 2 Heft 1 S. 59 ff.
- Eger, Kommentar zum Enteignungsgesetz, Breslau 1906.
- Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Göttingen 1843.
- Eisele, Ueber die Rechtsverhältnisse der *res publicae in publico usu*, Basel 1873.
- v. Einsiedel, H., *Tractatus de regalibus*, Halle 1678 (verbunden mit den Schriften von Carpzow, s. oben).
- v. Einsiedel, H., *Dissertatio iuridica de fluminibus*, Jena 1659.
- Elvers, Das Recht des Wasserlaufs, in Themis, juristische Zeitschrift für die Königlich preußischen Staaten, neue Folge Bd. 1 S. 417 ff.
- Elvers, Die römische Servitutenlehre, Marburg 1856.
- Endemann, Das ländliche Wasserrecht, Cassel 1862.
- Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.
- Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Abt., Sachenrecht, bearbeitet von Wolff, 1./2. Aufl., Marburg 1910.
- Erhard, *Regesta historiae Westfaliae*, Münster 1847—1851.
- Estor, Die Bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, Marburg 1757 bis 1767.
- Förster, Die preußische Hypothekenordnung, Berlin 1855.
- Förster, Das preußische Grundbuchrecht, Berlin 1872.
- Förster-Eccius, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 7. Aufl., Berlin 1896.
- Frank, Ueber öffentliche und Privatgewässer, im Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. 1, Heft 1 S. 61 ff.
- Frank-Nieberding, Wasserrecht und Wasserpolizei im preußischen Staat, systematisch dargestellt, 2. Aufl., Breslau 1889.
- Frantzkius, G., *Commentarius in Pandectas*, Straßburg 1644.
- Fritschius, Ahasverus, *Jus fluviaticum*, Jena 1672.
- Fritschius, Ahasverus, *Corpus iuris venatorio-forestalis*, Leipzig 1702.
- Funke, Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 12 S. 285 ff.: Beiträge zum Wasserrecht.
- Gäde, Die Fischereiablösungen in der Provinz Ostpreußen, in der Zeitschrift für Landeskulturgesetzgebung der preußischen Staaten, Bd. 35 S. 298 ff.
- Geffken, Zur Geschichte des deutschen Wasserrechts, in der Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung, Bd. 21 S. 173 ff.
- v. Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts, 17. Aufl., Jena 1895.
- Gesterding, Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 3 S. 67 ff.: Beiträge zum Wasserrecht.

- Gierke, O., Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. I und II, 3. Aufl., Berlin 1893.
- Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin 1868.
- Glaß, Die wasserrechtliche Gesetzgebung auf dem Standpunkte der Gegenwart, Altenburg 1856.
- Goebel, Die Rechtslage der Fische, Rostocker D.Diss., Leipzig 1908.
- Goetsius, S., Tractatus de banno ierino (die Jahresangabe fehlte).
- Goldmann-Lilienthal, Das B.G.B. für das deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1903.
- Habicht, Einwirkung des B.G.B., 3. Aufl., Jena 1903.
- Hahn, Die preußische Gesetzgebung über die Vorflut, die Ent- und Bewässerungen und das Deichwesen, 2. Aufl., Breslau 1886.
- Haidlen, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 1897.
- Harnisch, Die preußische Fischereigesetzgebung, Düsseldorf 1887.
- Havenstein, Das Fischereirecht der Mark Brandenburg, Berlin 1903.
- Heimbach, In Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 462 ff. über „Sachen“, Bd. 10 S. 145 ff. über „Servituten“, Bd. 14 S. 86 ff. über „Wasserrecht“.
- Heineccius, Elementa iuris Germanici, Halle 1736.
- Henle-Dandl, Die Anlegung des Grundbuchs in den Landesteilen rechts des Rheins, München 1902.
- Heresbach, Conrad, Rei rusticae libri quattuor, Speyer 1594.
- Hesse, Die Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Recht, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 7 n. 5.
- Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1885.
- Himmelstoß, L., Versuch einer Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse der Regalität in Deutschland, Landshut 1804.
- Hodler, Das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B., Berlin 1900.
- Hofmann, Versuche in Bearbeitung des römischen Rechts, Heft 2, Darmstadt 1831.
- Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. 3, Basel 1889.
- Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig 1908.
- Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland, Frankfurt a. O. 1806.
- Jähner, Eigentumserwerb am Wilderergerut, Göttinger D.Diss., Göttingen 1897.
- Jargow, Einleitung zur Lehre von den Regalien, Rostock und Wismar 1726.
- v. Ickstadt, Adam, Dissertatio iuridica de possessione regalium, in seinen opuscula iuridica, Ingolstadt 1747.
- v. Ickstadt, Adam, Dissertatio iuridica de eo, quod iure publico universali et particulari Imp. R.G. circa venationes iuris est, Würzburg 1737.
- Johow, Vorschläge, betreffend die ins E.G. z. B.G.B. aufzunehmenden Uebergangsvorschriften vom Standpunkt des Sachenrechts, Berlin 1882.
- Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts, Züricher D.Diss. 1867.
- v. Khaysser, Sebastian, Jus venandi, aucupandi et piscandi Romano-Bavaricum, Neob. 1651.
- Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, Berlin 1851.
- Koch, Kommentar zum A.L.R. für die preußischen Staaten, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1884.
- Koch, Die preußische Hypothekenordnung, Berlin 1856.
- Koffka, Kommentar zu dem Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum, Berlin 1905.
- Kori, Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 18 S. 44 ff.: Ueber das Wasserrecht.
- Kotze, Die Fischereigesetzgebung im preußischen Staat, Leipzig 1900.

- Krische**, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 5 S. 465 ff.
- Kyllinger**, Disputatio iuridica de iure venandi, Gießen 1617.
- Laband**, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde, Berlin 1871.
- Lauterbach**, Collegii theoretico-practici pars tertia, 3. Aufl., Tübingen 1723.
- Lenz**, Erwerb, Verlust und Schutz des Besitzes an Rechten außerhalb des B.G.B., Berliner D.Diss. 1909.
- Lewald**, Die Adjazentenfischerei und ihre Beschränkung nach Analogie der Jagd, Danzig 1888.
- v. Leyser**, Meditationes ad Pandectas, Leipzig, Braunschweig und Wolfenbüttel 1772.
- Löning**, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884.
- Maierus**, Tractatus iuridicus de iure venandi vulgo Jagdgerechtigkeit, Tübingen 1726.
- Manzius**, Commentarius institutionum, Nürnberg 1701.
- Mathis**, Die preußischen Grundbuchgesetze, 2. Aufl., Berlin 1895.
- Maurenbrecher**, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Bonn 1840.
- Mayer, Otto**, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1895/96.
- Medices, Sebastian**, Tractatus de venatione, piscatione et aucupio, 1587, enthalten in Fritschius, corpus iuris venatorio-forestalis, s. oben, s. ferner unten bei Pruckmann, tractatus tres.
- Metz**, In den Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines B.G.B., Berlin 1890, S. 955 ff.
- Meurer, Noe**, Wasserrecht, enthalten in Fritschius, ius fluviatricum, s. oben.
- Mittermaier**, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 7. Aufl., Regensburg 1847.
- Mittermaier**, Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 23 S. 125 ff.: Verhältnis der Verwaltung und der Justiz in Bezug auf Streitigkeiten über Gegenstände der Regalität, mit besonderer Beziehung auf das Wasserrecht.
- Mor, G.**, Tractatus de iure venandi, piscandi et aucupandi, enthalten in Fritschius, ius fluviatricum, s. oben, s. ferner unten bei Pruckmann, tractatus tres.
- Müller, Johann Caspar**, Documentum academicum de iure occupationum, Jena 1656.
- Müller**, Flußwasser steht im Eigentum, Erlanger D.Diss. 1899.
- Münchmeyer**, Im Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, Bd. 2 S. 1 ff.: Die grundbesitzgleichen Gerechtigkeiten, insbesondere die Gemeindegerechtigkeiten, und ihre Behandlung zum Grundbuch.
- Mylius**, Corpus constitutionum Marchicarum, Berlin und Halle 1737—1751.
- Mylius**, Novum corpus constitutionum, Berlin 1751—1808.
- Nagler**, Die Fischwilderei, in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, besonderer Teil, Bd. 8 S. 497 ff., Berlin 1906.
- Neubauer**, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts, betreffend verschiedene Rechtsmaterien, IV. Fischereirecht, S. 102 ff., Berlin 1880.
- Neumann**, Handausgabe des B.G.B., 5. Aufl., Berlin 1909.
- Niedner**, Kommentar zum E.G. z. B.G.B., 2. Aufl., Berlin 1900.
- Oberneck**, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., Berlin 1909.
- Oertmann**, Bayrisches Landesprivatrecht, Halle 1903.
- Oettinger**, Diskurs von Meer, Fischwassern und Flüssen, enthalten in Fritschius, ius fluviatricum, s. oben.
- Oppenheimer**, Der privatrechtliche Schutz der Fischereiberechtigten in öffentlichen Flüssen gegen Verunreinigung des Fischwassers durch die Ab-

- wässer der chemischen Fabriken nach gemeinem Recht, Erlanger D.Diss. 1896.
- Ossig, Römisches Wasserrecht, Leipzig 1889.
- Peterka, Das Wasserrecht der Weistümer, Prag 1905.
- Pfeffinger, Vitriarius illustratus seu institutiones iuris publici, Gotha 1712.
- Pfeil, Franciscus, Consilia iuris, Frankfurt und Leipzig 1652.
- Pineles, Beiträge zum römischen und heutigen Wasserrecht, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 30 S. 421 ff.
- Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1905/06.
- v. Pözl, Bayerisches Wasserrecht, Erlangen 1880.
- Pommersches Urkundenbuch, herausgegeben vom Kgl. Staatsarchiv in Stettin, 1868 ff.
- Predari, Kommentar zur Grundbuchordnung, Berlin 1900.
- Pruckmann, Medices und G. Mor, Tractatus tres de venatione, piscatione et aucupio, 1605.
- Pruckmann, Fr., Tractatus de regalibus, Berlin 1587.
- Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Leipzig 1847.
- Rausnitz, Das Recht an den öffentlichen Flüssen nach dem preußischen A.L.R., in Gruchots Beiträgen, Bd. 34 S. 525 ff.
- Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.
- Rehbein-Reincke, Kommentar zum A.L.R., 5. Aufl., Berlin 1894.
- Reyscher, In der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Reyscher und Wilda, Bd. 13 S. 243 ff.: Die Rechte des Staates an den Eisenbahnen.
- Riech, Daniel Gottlieb, Dissertatio de iure venandi in alieno fundo, Leipzig (ohne Jahresangabe).
- Riedel, Codex diplomaticus Brandenburgensis, Berlin 1838 ff.
- Riemann, Das Wasserrecht der Provinz Schlesien, Breslau 1903.
- v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen zum A.L.R., 7. Aufl., Berlin 1885.
- v. Roth, System des deutschen Privatrechts, Tübingen 1886.
- Scheele, Das preußische Wasserrecht, Lippstadt 1860.
- Schilter, Praxis iuris Romani in foro Germanico, Frankfurt und Leipzig 1713.
- Schlesische Urkunden, s. oben unter „Diplomatische Beiträge“.
- Schlüter, M., Traktat von unbeweglichen Sachen, Hamburg 1707.
- Schneider, J., Kommentar zu den Institutionen, Straßburg MDCXCIX.
- Schneidewin, Kommentar zu den Institutionen, Straßburg 1626.
- Schumacher, Das Recht an Privatflüssen und das verlassene Flußbett in Preußen, in der juristischen Wochenschrift, Jahrg. 1908 S. 648 ff.
- Schwab, In der Beilage zum Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 30: Die Konflikte der Wasserschifffahrt auf den Flüssen mit der Benutzung der letzteren zum Maschinenbetriebe.
- Segers, G. F., Dissertatio iuridica de venatione, Königsberg 1702.
- Sehling, E., Die Rechtsverhältnisse an den der Verlegung des Eigentümers nicht entzogenen Mineralien, Leipzig 1904.
- v. Selchow, J. H. Ch., Elementa iuris publici Germanici, Göttingen 1769.
- Siewert, Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten preußischen Landesgesetze, Heft 2 S. 9—42, Halle 1800 bis 1807.
- Sinteniz, Das praktische gemeine Zivilrecht, Leipzig 1844.
- Sixtinus, Regnerus, Tractatus de regalibus, Halle 1606, 1617.
- v. Staudinger, Kommentar zum B.G.B., 5.—6. Aufl., München 1910.
- v. Staudinger, Flußkorrekturen und Flußräumungen im Widerstreit mit dem Fischereirecht, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Ergänzungsband 11 S. 385 ff.
- Stegemann, Die gesammelten Materialien zu den preußischen Ausführungsgesetzen, Berlin 1900.

- Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. I und II 1, 3. Aufl., Berlin 1893, 1895.
- Stoffel, F., Die Fischereiverhältnisse des Bodensees, Bern 1906.
- Stranz-Gerhardt, Das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. unter Berücksichtigung des A.L.R., des gemeinen Rechts und des rheinischen Rechts, Berlin 1900.
- Strauch, Ueber Ursprung und Natur der Regalien, Erlangen 1865.
- v. Strombeck, Ergänzungen des allgemeinen Landrechts für den Königlich preußischen Staat, Leipzig 1829.
- Struvius, Jurisprudentia Romano-Germanica forensis, Bamberg 1767.
- Stryck, Specimen usus moderni Pandectarum, Halle 1746—49.
- Stutz, Rechtsgutachten in Sachen Wunderlin und Genossen wider Kanton Aargau, Freiburg im Breisgau 1900.
- Stypmann, De iure fluminum, enthalten in Fritschius, ius fluviaticum, s. oben.
- Thomasius, Problema iuris, an ius venandi praescribere potest subditus, Leipzig 1735.
- Trautmann, Das Eigentum an den öffentlichen Flüssen des A.L.R., in Gruchots Beiträgen, Bd. 48 S. 533 ff.
- Treuenfels, Gemeingebrauch und Sonderrecht an öffentlichen Flüssen, Erlanger D.Diss. 1899.
- Treutler, Selectarum disputationum ad ius civile volumina duo, Marburg 1718.
- Turnau, Die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 mit Ergänzungen und Erläuterungen, Paderborn 1892.
- Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 5. Aufl., Paderborn 1906.
- Vetter, J., Die Schifffahrt, Flößerei und Fischerei auf dem Oberrhein, Karlsruhe 1864.
- Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, Göttingen 1867.
- Werner, Die preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetze nebst Materialien, Berlin 1872.
- Wernick, A., de iure venandi, Wittenberg 1616.
- Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl., Frankfurt 1906.
- Zachariae, In der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, herausgeg. von Reyscher und Wilda, Bd. 13 S. 319 ff.: Ueber Regalien überhaupt und das Salzregal in Deutschland insbesondere.
- Ziegler, De iuribus maiestatis tractatus, Wittenberg 1681.
- Zitelmann, Internationales Privatrecht, Leipzig 1897.
- Zoanetti, Franc., Tractatio de venatione Romano-Germanica, enthalten im corpus iuris venatorio-forestalis des Fritschius, s. oben.
- Zollinger, Karl, Das Wasserrecht der Langeten, in Gmürs Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 17, Bern 1906.

II.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Kamptz-Delius, Die Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Johow.

Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der preußischen Appellationsgerichte, herausgegeben von Johow.

Entscheidungen des Obertribunals.

Striethorsts Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals.

Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.

Seufferts Archiv.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Juristische Wochenschrift.

Deutsche Juristenzeitung.

Neues Archiv für preußisches Recht sowie für deutsches Privatrecht, herausgegeben von Ulrich, Sommer und anderen, 16 Bände, Arnsberg.

Seelig, Fischerei- und einschlagendes Wasserrecht betreffende Entscheidungen höherer deutscher Gerichtshöfe, insbesondere des Reichsgerichts, Leipzig-Reudnitz 1889.

III.

Von ungedrucktem Material sind die älteren Berliner Hypothekenbücher verwertet worden, die sich im Königlichen Geheimen Staatsarchiv in Berlin befinden (s. hierüber § 11 der Dissertation).



Lebenslauf.

Am 25. November 1883 bin ich, Franz Ludwig Werner Dehms, in Konstanz geboren. Mein Vater ist der Kaiserliche Postrat a. D. Dr. Franz Dehms in Potsdam, meine Mutter Frau Marie Dehms, geborene Lachmann. Ich bin evangelisch und preußischer Staatsangehöriger.

Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Victoria-Gymnasium in Potsdam, das ich Michaelis 1901 mit dem Reifezeugnis verließ.

Ich studierte sodann die Rechte auf den Universitäten in Leipzig, Freiburg i. Br., Berlin und Kiel. Durch Krankheit längere Zeit aufgehalten, bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am 15. Oktober 1906 in Berlin.

Meine praktische Ausbildung als Referendar erhielt ich bei dem Amtsgericht in Prenzlau, bei den Justizbehörden in Potsdam und bei dem Kammergericht in Berlin.

Am 29. Juli 1910 bestand ich in Breslau die mündliche Doktorprüfung, am 3. Oktober 1911 die Assessorprüfung.

DRUCK:
VEREINSDRUCKEREI G.m.b.H.
POTSDAM